

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA LOI ET L'ORDONNANCE

DANS LES ÉTATS QUI NE CONNAISSENT PAS

LA SÉPARATION DES POUVOIRS LÉGISLATIF & EXÉCUTIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 10 juin 1901, à 10 heures

PAR

Madame S. BALACHOWSKY-PETIT

Président : M. ESMEIN.

Suffragants : { MM. LARNAUDE, } *professeurs.*
GARÇON, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550232_0042

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA LOI ET L'ORDONNANCE

DANS LES ÉTATS QUI NE CONNAISSENT PAS

LA SÉPARATION DES POUVOIRS LÉGISLATIF & EXÉCUTIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 10 juin 1901, à 10 h.

PAR

Madame S. BALACHOWSKY-PETIT



Président : M. ESMEIN.

*Suffragants : { MM. LARNAUDE, } professeurs.
 GARÇON, }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901

LA LOI ET L'ORDONNANCE

DANS LES ÉTATS QUI NE CONNAISSENT PAS

LA SÉPARATION DES POUVOIRS LÉGISLATIF ET EXÉCUTIF

INTRODUCTION

Peut-on concevoir, sous un régime dont la séparation des pouvoirs est absente, l'existence de deux catégories d'actes souverains, lois et ordonnances ?

Telle est la première des deux questions que nous voulons examiner.

Elle est évidemment sous la dépendance de cette autre question : y a-t-il entre la loi et l'ordonnance, prises en elles-mêmes, une différence et quelle est-elle ? Il sera donc nécessaire de chercher préalablement quelle solution comporte cette question générale, avant de résoudre le problème plus spécial que nous nous posons.

Dans une première partie nous passerons donc en revue les diverses théories que l'on rencontre à ce sujet chez les jurisconsultes des temps anciens et modernes, et nous nous demanderons s'il est possible d'établir entre la loi et l'ordonnance une différence intrinsèque

ou si elles ne se distinguent que par leur forme, — c'est-à-dire par l'organe duquel elles émanent et par leur mode d'élaboration.

Mais le problème théorique que nous aurons ainsi étudié n'offre-t-il d'autre intérêt que celui d'une recherche purement abstraite et presque scolastique ? A première vue certains sont enclins à penser que, sous un régime de monarchie absolue, une pareille recherche est nécessairement vaine : dans un pays qui ne connaît pas la séparation des pouvoirs, la loi, à leur avis, ne peut être discernée, même théoriquement, de l'ordonnance ; à plus forte raison leur paraît-il impossible de concevoir, qu'aucune distinction de ce genre soit susceptible de réalisation pratique et par conséquent offre le moindre intérêt.

Cette manière de voir semble procéder d'une confusion : la question de la distinction entre la loi et l'ordonnance n'est pas celle de la séparation des pouvoirs. Sans examiner ici tous les rapports de ces deux questions, nous observerons simplement que celle-là est logiquement antérieure à celle-ci : c'est notamment parce qu'une différence de nature existe entre la loi et l'ordonnance, qu'il y a lieu de se demander si on ne doit pas confier à des pouvoirs distincts le soin d'élaborer ces deux actes. La séparation des pouvoirs apparaît donc comme un mode de réaliser et de garantir la distinction entre la loi et l'ordonnance ; mais cette distinction préexiste et son existence est indépendante de ce mode particulier de réalisation. La séparation des pouvoirs a d'ailleurs bien

d'autres raisons d'être que la différence de nature de la loi et de l'ordonnance ; et c'est pourquoi l'on voit, en fait, tantôt le pouvoir législatif élaborer des actes n'ayant pas la nature intrinsèque de la loi, tantôt le pouvoir exécutif ne pas borner son activité à des mesures ayant réellement les caractères de l'ordonnance.

Pour rechercher si l'existence de notre distinction peut être non seulement conçue, mais effectivement réalisée en l'absence de la séparation des pouvoirs, nous examinerons dans une deuxième partie de notre étude la loi et l'ordonnance sous la monarchie absolue : c'est la Russie, semble-t-il, qui offre actuellement l'exemple le plus complet de ce régime autocratique. Nous y étudierons, à côté du développement de la souveraineté monarchique, l'organisation et le fonctionnement des organes qui ont participé à l'élaboration des actes législatifs et les différences de forme et de fond qui existent entre ces actes.

Il nous a paru intéressant de rapprocher de cet exemple ceux que nous offraient l'ancienne France et l'Angleterre d'avant 1688. Nous rappellerons donc ce qu'a été la distinction de la loi et de l'ordonnance dans ces deux pays.

PREMIÈRE PARTIE

LA THÉORIE DE LA LOI ET DE L'ORDONNANCE

Dans la définition de la loi on adopte tantôt le point de vue matériel, tantôt le point de vue formel : on a égard soit au contenu de la règle, soit à l'organe dont elle émane, pour décider si cette règle est ou non une loi. On a coutume de nommer loi toute disposition des pouvoirs publics renfermant une règle de droit générale ; mais il arrive qu'on appelle aussi de ce nom tout acte de l'autorité publique suprême, quel qu'en soit le contenu.

Si loin que l'on remonte dans l'histoire de la loi, on constate, à côté des lois proprement dites, l'existence d'autres dispositions d'ordre gouvernemental, qui portent des noms divers. Dès l'antiquité on comprit qu'il n'appartenait pas à la loi, forme supérieure des rapports de droit entre les hommes, de régler juridiquement toutes les relations qui comporteraient une réglementation : sa nature même la prive de la souplesse indispensable pour qu'elle puisse s'adapter à toutes les espèces concrètes qui se présentent dans la vie.

Jellinek (1) observe que les dispositions de cette nature ne sont en aucune langue désignées par un terme

(1) G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1887, p. 366.

unique et consacré : en Angleterre, on dit indifféremment « *ordinance*, *proclamation* » ou « *manifesto* » ; en France, « *ordonnance* », « *règlement* », « *arrêt réglementaire* », ou « *décret* ». Quant à la langue russe, elle emploie l'un pour l'autre les termes de « *manifeste* », « *oukaze* », « *zakone* », etc.

Nous ferons exclusivement usage du mot « *ordonnance* » pour désigner les actes émanant du pouvoir souverain et qui ont pour objet l'application générale ou particulière des lois.

§ 1. — Notion de la loi et de l'ordonnance chez les auteurs
de l'antiquité.

Sans entrer dans plus de détails, rappelons que la loi, pour Platon, est une règle abstraite et immuable. Afin de remédier aux inconvénients de cette immutabilité, il est nécessaire d'édicter à côté des lois des prescriptions moins rigides. Les exigences de la justice obligent le souverain à rechercher, dans certains cas particuliers, quelles décisions spéciales doivent être prises (1).

Aristote discerne une notion subjective et une notion objective de la loi : objectivement est loi toute règle abstraite applicable à un nombre illimité de cas ; subjectivement la loi est un ordre émané du pouvoir suprême. Le vrai souverain, aux yeux d'Aristote, c'est la raison ou l'ordre. En pratique, la raison est représentée par les lois.

(1) Jellinek, *op. cit.*, p. 38.

Or la loi, règle générale, ne saurait prévoir tous les cas particuliers (1) ; en d'autres termes, le gouvernement des lois doit être complété par celui des hommes.

Ce pouvoir de suppléer à la loi peut appartenir au monarque ; toutefois Aristote voit de bonnes raisons d'en investir soit le peuple entier, soit un certain nombre de citoyens. Ce n'est pas d'ailleurs qu'il lui semble nécessaire d'attribuer à des organes différents le pouvoir de faire la loi et celui de réglementer les cas particuliers ; mais appartiendraient-ils à une même autorité, que les deux catégories d'actes ainsi accomplis par elle n'en demeureraient pas moins distinctes : dans certaines villes, nous dit-il, par exemple, le peuple s'assemble tantôt pour légiférer, tantôt pour statuer sur un cas non prévu par la loi, tantôt pour juger.

C'est ainsi qu'Aristote est amené à opposer au νόμος le ψήφισμα, qui, tout en émanant du pouvoir suprême, n'est pas une loi et ne pose pas de règle juridique.

Les νόμοι doivent contenir des règles fixes et émanent de la collaboration du conseil, de l'assemblée populaire et des nomothètes ; les ψήφισματα sont des décisions prises par le peuple en vue d'un fait spécial et dont la force s'épuise avec ce fait.

D'après la conception d'Aristote, la loi délimite le domaine de l'action du gouvernement (2). Pour lui, les rap-

(1) Aristote, *Politique*, liv. III, chap. VI, traduction Barthélemy-St-Hilaire, t. I, p. 273.

(2) Jellinek, *op. cit.* p. 56.

ports de la loi et de l'acte gouvernemental paraissent avoir été analogues à ceux que nous offre le droit romain entre la loi civile et l'édit du préteur (1).

Les Romains, sous l'influence des doctrines grecques, ont reconnu à la loi un double caractère : « *Lex est quod populus Romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat* (2) », disent les lois romaines. Cette conception de la loi est purement formelle : quel que soit le contenu d'une décision prise par les comices sur l'initiative d'un magistrat, cette décision est une loi. Aussi les lois romaines renferment-elles souvent des mesures administratives ou même des mesures n'intéressant qu'un ou plusieurs citoyens (adoption, bannissement, etc.).

A Rome, la nature juridique d'une loi était celle d'un contrat par lequel les citoyens s'obligeaient réciproquement à agir d'une certaine façon. « Le droit, dit Ihering, dans le sens objectif, est l'obligation de tous qui en résulte... La forme primitive de la loi n'est point un ordre ou une défense adressée à des subordonnés, c'est une convention conclue entre des personnes égales. Le droit, dans le sens objectif, dérive de la convention (3). »

Comme la loi en droit romain est une convention, elle

(1) Papinien. liv. 7, § 1. *De just. et jur.*, I. 1. Selon ce texte bien connu de Papinien, l'édit prétorien avait pour objet de seconder, de compléter et de corriger le droit en vue de l'intérêt général.

Tel devait être le rôle du νόμος à côté du φήγισμα.

(2) J. I. 2, § 4.

(3) Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, I, p. 217.

exige une stipulation, dans laquelle le peuple est *rogatus*.

C'est pour la même raison que les Romains désignaient indifféremment par le mot *lex* les lois et les conventions privées. A l'origine la loi ne se distinguait de la convention privée que par l'étendue de son champ d'application : la *lex publica* était une convention pour tous. De la similitude de la loi et de la convention résultait la similitude de leurs effets : la violation de la loi était identique à la violation d'une obligation assumée.

Cicéron paraît avoir formulé le premier une distinction matérielle entre les divers actes législatifs : de la loi proprement dite, règle absolue et générale, il distingue ce que la langue juridique romaine entendait par *leges*, c'est-à-dire l'ensemble des ordres ou des défenses émanées de l'Etat (1).

La distinction formelle que les Romains faisaient entre la *lex*, le sénatus-consulte et l'édit, disparut avec l'établissement de l'Empire, puisque l'empereur devint la source de tous les actes, tant législatifs qu'administratifs.

Les jurisconsultes classiques conçoivent la loi comme une règle visant des cas ordinaires et fréquents, par op-

(1) *De legibus*, I, 6. « Ea (sc. lex) est enim naturæ vis, ea mens ratioque prudens, ea juris atque injuriæ regula ; sed quoniam in populari ratione omnis nostra versatur oratio, populariter interdum loqui necesse erit et appellare eam legem, quæ scripta sancit quod vult aut jubendo aut prohibendo, ut volgus appellat. »

position aux cas rares et accidentels (1). En outre, certains d'entre eux reviennent dans leurs écrits à la conception formelle de la loi : ce qui distingue la loi, c'est qu'elle émane du pouvoir suprême et participe de son caractère absolu.

§ 2. — La notion de la loi et de l'ordonnance chez les auteurs du moyen âge et des temps modernes.

Au moyen âge, on voit reparaître la notion formelle de la loi lors de la renaissance du droit romain : est loi tout acte du roi auquel il a entendu donner ce caractère. La distinction qu'on avait coutume de faire en France entre les lois du roi et les lois dites lois fondamentales du royaume, montre bien que, si l'on considérait certains actes comme des lois, ce n'était pas à raison de leur contenu ou de leur objet, mais de l'autorité de laquelle ils émanaient (2).

A la fin du moyen âge, la question de la distinction entre la loi et l'ordonnance se ramena à la question de la délimitation du pouvoir souverain. Un grand nombre d'auteurs de cette époque se demandèrent si les lois liaient le roi et jusqu'à quel point. L'école absolutiste, qui mettait le roi au-dessus de toutes les lois, parce que sa volonté en était la source même, ne faisait généralement entre les lois et les ordonnances qu'une distinction purement formelle : leur valeur intrinsèque était la

(1) Celsus. L. 4, 5, tit. *D. de legg.*

(2) L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901.

même et le roi pouvait modifier toute loi par une ordonnance. Une école adverse niait la suprématie du souverain sur les lois : le souverain n'avait d'autres droits que ceux que le peuple lui avait reconnus (1) ; les lois liaient donc, en principe, celui-là même qui les avait faites.

Dans les temps modernes, les deux éléments de la notion de loi discernés par les jurisconsultes classiques, se retrouvent chez les représentants de l'école dite naturelle, qui subit l'influence des théories grecques et latines.

Cette école cherche à déterminer quelle autorité suprême doit être appelée dans l'État à faire les lois. Tout en donnant pour origine à l'État un pacte liant réciproquement les hommes jusque-là libres et indépendants, l'école naturelle n'attribue pas le droit de légiférer au peuple : elle considère qu'en vertu d'un contrat ce droit a été délégué au souverain effectif.

Toutefois le droit pour le peuple de légiférer est inaliénable et l'exercice direct de ce droit est admis en cas d'abus de pouvoir commis par le souverain.

Pour Bodin (2), la loi est d'une part une règle générale inflexible, d'autre part une règle émanant du pouvoir souverain. Toute décision du souverain concernant un cas particulier, n'est pas une loi, parce qu'elle n'est pas

(1) Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 57-58.

(2) *De republica francofurti*, 1609, liv. VI, p. 1197. *Les six livres de la République*, J. Bodin, Paris, 1580.

générale ; c'est un *decretum*, une décision inspirée par la justice.

C'est au XVII^e siècle seulement qu'on en vint à une délimitation très précise de la loi et de l'ordonnance. Johannes Althusius (1) a exercé une très grande influence sur les théories du droit naturel au XVII^e siècle et au XVIII^e siècle. Il établit une identité entre le droit et la loi. La source de la loi est pour lui dans le roi agissant avec le consentement du peuple. Il restreint considérablement le domaine de l'action gouvernementale : les questions administratives mêmes doivent être réglées par des lois stables (2). Pour lui la loi s'impose non seulement aux sujets, mais encore au souverain.

Hugo Grotius admet que deux éléments concourent à former le concept de loi : elle a sa source dans la volonté suprême, elle renferme une règle juridique d'un caractère général. A la fonction législative en général, il oppose l'activité de l'État se proposant de régler les cas particuliers (3).

Ce n'est pas sans raison, semble-t-il, que Jellinek explique l'impuissance de « l'école naturelle » à créer une théorie du décret sortant des généralités banales, par la dépendance étroite où se trouve toute théorie politique, si abstraite qu'elle semble, à l'égard du droit positif en vigueur

(1) Gierke, « *Johannes-Althusius und die Entwicklung der Naturrechtlichen Staatstheorien* ».

(2) Althusius, *Politica*, XIX, 1.

(3) H. Grotius, *De jure belli ac pacis*, liv. I, c. III, c. IV. Traduction de Jean Barteyrac.

à l'époque où elle apparaît (1). Une théorie du décret devait plus aisément prendre naissance dans un Etat où la question de la délimitation des droits respectifs du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif aurait un intérêt positif immédiat. Aussi est-ce en Angleterre qu'on rencontre la première théorie générale sur les limites du pouvoir souverain.

Bracton et Fortescue, cités par Hooker dans son *Ecclesiastical Polity*, furent les premiers, au dire de Ranke, à tracer une limite entre le législatif et l'exécutif. C'est tout le corps politique, dit Hooker, qui fait les lois. Ce sont ces lois qui ont attribué le pouvoir au roi ; et comme le roi s'est obligé à user de son pouvoir selon ces lois, il en résulte qu'elles doivent être observées religieusement (2).

Les auteurs anglais furent les premiers à déduire toutes leurs conséquences des prémisses de la doctrine que nous avons vu tout à l'heure posée par Althusius. Ils en conclurent qu'il appartient au peuple, non seulement d'intervenir accidentellement dans la législation, mais de légiférer soit par lui-même, soit par des représentants.

De leurs écrits se dégageait une distinction formelle entre la loi et l'ordonnance : les lois ne pouvaient être faites qu'avec la participation du Parlement ; quant au roi seul, il n'avait d'autre pouvoir que celui de faire des ordonnances.

(1) Jellinek, *Ges. und Ver.*, p. 61, C. IV.

(2) Hooker, *Ecclesiastical Polity*, VIII, p. 465.

Dès l'époque d'Elisabeth, Richard Hooker (1) disait que les lois ne peuvent émaner que du peuple et que l'exercice du pouvoir royal par le roi, s'il ne lui est concédé par la constitution, est une tyrannie. Même dans les monarchies absolues, le droit de légiférer naît de la volonté de la communauté (2).

Cette opinion se développa au cours des luttes que le Parlement engagea sous Charles I^{er}. On en vint à dire, en se fondant sur le droit constitutionnel anglais, que le roi n'avait aucun droit de participer à la législation.

William Prynne (3) établit par de vieilles sentences et d'anciens statuts parlementaires le droit exclusif du Parlement à légiférer : « La haute cour du Parlement et tout le royaume qu'elle représente, peuvent être sous divers rapports en toute vérité et proprement déclarés le pouvoir souverain, supérieur au roi même » (4).

Ranke fait remonter la naissance de la séparation des pouvoirs en Angleterre à la République de Cromwell.

(1) *Works of Richard Hooker*, publ. 1682, London, I, 10, p. 87 sq.

(2) « It is a thing undoubtedly natural, that all free and independent societies should themselves make their own laws and that this power should belong to the whole not to any certain part of a Politick body, though haply some one part may have greater sway in that action than the rest. » *Ibidem*, VIII, p. 467.

(3) William Prynne, *The sovereign power of Parliaments and Kingdoms*, London, 1643.

(4) « The high court of Parliament and whole Kingdom which it represents, may in divers respects be truly and properly said to be the highest sovereign power of all others and above the king himself. » W. Prynne, *op. cit.*, p. 33.

Ce « Protecteur » n'avait pas le pouvoir législatif ; et il était indispensable de marquer où finissaient ses droits et où commençaient ceux du Parlement.

L'élaboration du concept des deux pouvoirs distincts se retrouve dans la controverse qu'engagèrent Sidney et Locke contre Filmer.

Robert Filmer (1) se fonde sur des statuts et ordonnances de l'époque où les compétences n'étaient pas nettement délimitées, pour soutenir que le roi a un pouvoir législatif distinct de celui du Parlement. Les lois sont l'œuvre non du Parlement, mais du roi en son Parlement ; le roi n'est donc aucunement lié par ses propres lois (2). La *common law* même lui paraît être « les lois et ordres du roi non écrits » (3).

Toute distinction vient s'anéantir dans la prérogative royale ; aucune différence ne saurait exister entre la loi et l'ordonnance : toutes les lois sont en effet de simples ordonnances royales qui ne lient pas le roi, car il est au-dessus de toute règle : « et quoique le roi mette ses actes en accord avec les lois, il n'est guère obligé de le faire autrement que si cela lui plaît et pour donner l'exemple (4). »

(1) Robert Filmer, *The free-holders grand inquest touching our sovereign Lord the King and his Parliament*.

(2) Robert Filmer, *Patriarcha*. Edit. 1680, III, p. 77 ; § 9, p. 102 ; § 15, p. 126.

(3) « The Laws and commands of King unwritten. »

(4) Filmer, *Patriarcha*, ch. III, 6, 7.

A la fin du XVII^e siècle, Locke (1) et Algernon Sidney (2) s'efforcèrent au contraire de prouver que, légalement, le pouvoir législatif ne peut appartenir en Angleterre qu'au Parlement, alors même qu'il en délègue une partie au roi. Selon Sidney, toute l'histoire de l'Angleterre confirme le droit exclusif du peuple à légiférer : même des souverains aussi autoritaires qu'Henri VIII ont reconnu ce droit.

Le roi ne saurait à ses yeux avoir d'autre volonté que celle qu'exprime la loi. S'il s'écarte de cette volonté, il n'agit plus en roi et n'oblige plus le peuple (3) : « Les *proclamations* ne sont pas des lois, dit-il ; elles ne sauraient exister que temporairement et doivent se conformer à l'esprit des lois existantes. »

Locke ne s'est pas demandé ce qui caractérisait la loi lorsqu'on en considérait le contenu : il voit simplement en elle la manifestation de la volonté souveraine du peuple, qui peut d'ailleurs exercer son pouvoir législatif directement ou indirectement.

La théorie de Locke sur la nature de l'ordonnance et l'étendue du droit de réglementer en cette forme, est une des plus remarquables qui soient encore en la matière.

(1) J. Locke, « *Two Treatises on government* ». *On civil government*, ch. XI-XIII, § 149.

(2) Algernon Sidney, *Discourses on Government*, sect. XXVII, XXVIII, XLVI.

(3) Sidney, *Discourses*, ch. III, sect. XLIII. « If he depart from the law, he is no longer King, and his will is nothing to us. »

On sait que Locke (1) distingue dans l'Etat trois pouvoirs : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif, — ce dernier statuant sur les questions relatives à la guerre, à la paix et aux rapports internationaux. Les deux premiers pouvoirs doivent nécessairement appartenir à des organes distincts ; le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif, au contraire, répondent à des fonctions qui peuvent être cumulées par une même autorité.

Le pouvoir suprême, c'est le pouvoir législatif. Il appartient au peuple (2) ; mais le roi doit y participer. Le pouvoir exécutif est subordonné à la loi, mais non à l'organe législatif. En d'autres termes, la dépendance du pouvoir exécutif n'est pas absolue, loin de là : il a un domaine où son action s'exerce librement. Il est impossible en effet que la loi prévienne et règle tout d'avance. Le pouvoir exécutif doit avoir la latitude de prendre librement certaines dispositions, seraient-elles même contraires aux lois, dans le cas où l'intérêt de la société l'exige, sauf à les soumettre au pouvoir législatif dès que l'occasion s'en présentera (3). Il faut laisser au souverain la faculté d'adoucir et d'assouplir la loi.

Le droit du roi d'agir librement, soit que la loi manque, soit qu'elle contrarie l'intérêt public, constitue la *prérogative royale*. J. Locke énumère les causes qui peu-

(1) J. Locke, *On civil government*, II, ch. XII, 143.

(2) *Ibidem*, ch. XI, § 134.

(3) « It is fit that the laws themselves should in some cases give way to the executive power, or rather to this fundamental law of nature and government. » John Locke, *On civil Gov.*, II, ch. XIII, § 151.

vent déterminer la libre intervention du roi (1). A l'origine des divers Etats, les lois étaient peu nombreuses et toute la souveraineté se ramenait à la prérogative ; mais, à mesure qu'ils se développent, le nombre des lois va croissant et la prérogative se réduit sans cesse.

Ce droit de restreindre la prérogative est un droit inaliénable du peuple, car elle n'existe qu'en vertu de la loi et dans l'intérêt du peuple.

Les auteurs français du XVIII^e siècle ne s'occupent guère de la théorie de l'ordonnance ; aussi devient-elle de plus en plus confuse. Locke reconnaissait au gouverné, tout subordonné qu'il lui apparût, une indépendance limitée : eux la réduisent graduellement et aboutissent en définitive à la supprimer (2).

Montesquieu ne paraît pas avoir conçu la loi comme pouvant être envisagée sous ses deux aspects, l'un matériel, l'autre formel ; aussi ne trouve-t-on chez lui aucune définition de la loi positive entendue au sens matériel : « Les lois, se borne-t-il à dire en termes généraux, sont des rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses (3). »

Montesquieu voit l'explication des lois morales et sociales dans la raison : « La vraie loi de l'humanité est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peu-

(1) *On civil government*, II, ch. XIV, § 160.

(2) Jellinek, *op. cit.*, p. 67.

(3) Montesquieu, *Esprit des lois* (edit. Garnier).

ples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine (1). »

Loin de reconnaître à la loi un caractère absolu, Montesquieu s'applique à en faire ressortir l'aspect relatif, à nous la montrer déterminée dans une large mesure par les circonstances extérieures. Les lois dépendent, non seulement de la nature du gouvernement et de son principe, mais encore du climat, de la qualité du sol, du genre de vie des peuples ; les lois sont en outre en rapport avec la religion des habitants, avec leurs penchants, leur richesse, leur commerce, leurs mœurs, etc.

L'influence de Locke sur Montesquieu est profonde, sans cependant exclure des divergences sur plusieurs points. Et tout d'abord Montesquieu pose en principe l'indépendance des trois pouvoirs et non la suprématie du législatif sur les deux autres (2). Cette indépendance n'a toutefois rien de réel, car il reconnaît au pouvoir exécutif le droit d'intervenir dans l'exercice du pouvoir législatif. « Si la puissance exécutrice », dit-il, « n'a pas le droit d'arrêter les entreprises du Corps législatif,

(1) *Ibid.*, p. 8.

(3) « Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même Sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. » *De l'esprit des lois*, liv. XI, ch. VI, p. 143. « Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. » *Ibidem.*

celui-ci sera despotique ; car comme il pourra se donner tout le pouvoir qu'il peut imaginer, il anéantira toutes les autres puissances. Mais il ne faut pas que la puissance législative ait réciproquement la faculté d'arrêter la puissance exécutrice, car l'exécution ayant ses limites par sa nature, il est inutile de la borner. »

Toutefois il n'est nulle part question, chez Montesquieu, du droit pour le pouvoir exécutif de faire des ordonnances indépendantes des lois. S'il assigne au pouvoir exécutif un organe distinct, c'est afin que cet organe puisse assurer en toute indépendance l'exécution des lois. La prérogative royale se réduit chez lui aux rapports du roi avec les Chambres, à son droit de les convoquer, de les proroger et de les dissoudre.

De Lolme (1), dans son livre sur la constitution anglaise, a développé à peu près les mêmes idées. Le roi n'est pour lui que l'exécuteur des lois. Les lois le gouvernent et l'obligent aussi bien que n'importe lequel d'entre ses sujets. Il admire l'organisation anglaise où le peuple a su, tout en laissant au souverain tous les droits, rester maître. Il est vrai que les projets de loi discutés et acceptés par la Chambre des Communes et la Chambre des Lords ne sont obligatoires que lorsque le roi a déclaré « le roi le veut » ; mais ces actes présentent dorénavant toutes les garanties et ne peuvent

(1) De Lolme, *La constitution d'Angleterre* (1771, ch. III, IV), p. 65. V. Amsterdam, chez E. Van Harrevelt, MDCCCLXXI.

être révoqués par le roi seul : « Ils sont ce que sont en France les Edits enregistrés ; ce qu'étaient à Rome les Populiscites ; en un mot ils sont des lois (1). »

Selon Jellinek (2), Jean-Jacques Rousseau fut le premier qui fit l'effort de distinguer le domaine de la législation et celui de l'administration. Pour lui, une loi proprement dite doit satisfaire à deux conditions : être faite par tout le peuple et avoir un objet général (3). Nous retrouvons ainsi la loi doublement caractérisée par sa forme et par son contenu.

Une disposition qui n'émanerait pas du peuple entier, ne pourrait être considérée comme un acte de souveraineté, comme une loi (4).

La législation a pour objet de transformer la constitution de l'homme, de substituer une existence partielle et morale à l'existence physique et indépendante que nous avons reçue de la nature (5). Moins l'homme est indépendant de la société, mieux la législation a réalisé son objet (6). Celui qui commande aux lois ne doit pas d'ail-

(1) *Ibidem*, p. 61.

(2) Jellinek, *op. cit.*, p. 51.

(3) ...« Quand tout le peuple statue sur tout le peuple,...c'est cet acte que j'appelle loi. » *Contrat social*, liv. II, ch. VI. « Quand je dis que l'objet des lois est toujours général. j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu, ni une action particulière. » *Ibidem*, ch. VI.

(4) *Ibidem*, liv. II, ch. IV.

(5) *Ibidem*, liv. II, ch. VII.

(6) « Si chaque citoyen n'est rien, ne peut rien que par tous les autres, et que la force acquise par le tout soit égale ou supérieure à la somme des forces naturelles de tous les individus, on peut dire que la

leurs commander aux hommes, pour que soient évités les injustices et le triomphe de vues particulières.

Aucune séparation des pouvoirs n'apparaît comme possible à Jean-Jacques Rousseau. Toutes les dispositions impératives de l'Etat ont leur source unique dans la volonté souveraine du peuple. Le pouvoir exécutif réalise cette volonté tout naturellement, en tant qu'institution compétente à cette fin. La volonté du gouvernement n'étant pas identique à la volonté générale, il ne saurait évidemment prendre des dispositions ayant le caractère de réglementations générales (1). Ses ordonnances ne doivent être que l'application d'une règle générale à un cas particulier et cette application spéciale épuise tout son droit. Toutes les fonctions de l'« administration suprême » se réduisent donc, selon Rousseau, à la réalisation concrète des lois. Il ne lui semble pas nécessaire que le gouvernement, simple instrument du pouvoir législatif, ait une existence indépendante (2).

législation est au plus haut point de perfection qu'elle puisse atteindre. »
Ibidem, liv. II, ch. VII.

(1) J.-J. Rousseau, *Contrat social*, liv. III, ch. I : « La puissance exécutive ne peut appartenir à la généralité comme législative ou souveraine, parce que cette puissance ne consiste qu'en des actes particuliers qui ne sont point du ressort de la loi. »

(2) J.-J. Rousseau, *Contrat social*, liv. III, ch. XIV : « A l'instant que le peuple est légitimement assemblé en corps souverain... où se trouve le représenté, il n'y a plus de représentant. »

§ 3. — La distinction de la loi et de l'ordonnance chez les auteurs allemands contemporains.

C'est Stockmar qui le premier employa les termes de « loi matérielle » et de « loi formelle » pour exprimer une distinction déjà connue longtemps avant lui (1). De nombreux auteurs allemands ont étudié et commenté cette distinction (2). Mais c'est surtout à Laband, que revient l'honneur de l'avoir développée en un système : « La loi au sens matériel et la loi au sens formel, dit-il, n'ont pas entre elles un rapport de genre à espèce ; elles ne sont pas l'une à l'autre ce qu'est un concept plus large à un concept subordonné et plus étroit ; ce sont deux concepts absolument distincts, dont chacun est déterminé par un indice différent : ici le contenu, là la forme d'une manifestation de volonté (3). » En d'autres termes, il admet à côté des lois matérielles d'autres dispositions, qui ne sont lois que par la forme en laquelle on les a édictées.

On sait que Laband, pour différencier les actes législatifs des actes juridictionnels et des actes administratifs,

(1) *Zeitschrift für deutsches Staatsrecht*, 1867. Studien über das preussische Staatsrecht, von E.A. Ehr (V. Stockmar), II, Gesetz u. Verordnung, S. 201.208 folg.

(2) Pfizer, *Das Recht der Steuerbewilligung*, 1836, S. 20 sq. ; V. Mohl, *Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2 Aufl., 1840, Bd. I, S. 67 sq. ; Keller, *Pandekten*, 2 Aufl, 1866, B. I, § 2, S. 5 ; Fricker, *Die Natur der Steuerbewilligung u. des Finanzgesetzes*, *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, B. 17, 1861, S. 674 sq.

(3) Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Freiburg, 1895, B. I, S. 542 ; Duguit, *op. cit.*, p. 447 et sq.

remonte à l'opération psychologique que suppose chacun d'eux : l'Etat pense, apprécie les motifs, juge au sens logique du mot, puis veut et agit. Aux trois premières opérations Laband rattache la législation et la juridiction, aux deux dernières, l'administration (1).

La loi, d'après lui, est une règle abstraite, obligatoire, et nécessairement accompagnée d'une sanction ; il la conçoit comme se ramenant à un jugement au sens logique de ce mot, au sens d'une pure opération de l'esprit qui affirme que tel attribut appartient à tel sujet. L'Etat constate que telle règle de conduite est le droit ; il faut voir là un acte de l'intelligence et non une volition. Cependant Laband ne peut méconnaître qu'il y ait dans la loi une part de volonté : non content d'affirmer que telle règle *est* le droit, l'Etat *veut*, en outre, que telle règle soit le droit.

On ne saurait dire de la loi, qu'elle a pour trait distinctif sa généralité : des actes d'administration peuvent être aussi généraux. Le propre de la loi est de limiter ou d'étendre la possibilité d'action des individus. Les prescriptions de l'Etat qui n'ont pas cet objet ne sont pas des lois, alors même qu'elles seraient générales, alors même qu'elles intéresseraient les individus.

Parfois il sera difficile d'appliquer ce critérium ; Laband en convient et veut qu'en cas de doute on recherche l'intention du législateur (2).

(1) Laband, *op. cit.*, B. I, S. 640 sq.

(2) M. Duguit remarque justement que cette théorie conduirait en

Mais l'Etat ne peut se contenter de juger et de vouloir, il lui faut agir : « l'administration de l'État est précisément la mise en œuvre de sa puissance, de sa capacité d'agir. L'administration doit s'entendre au sens large de ce mot et comprend tout ce que fait l'État, avec cette réserve cependant que l'État n'administre que quand il agit à proprement parler : or il n'agit pas quand il pose une règle de droit ou quand il juge. »

Laband considère comme étant du domaine de « l'action » proprement dite, non seulement ses actes externes, mais les décisions qui les déterminent : ainsi la décision portant déclaration d'utilité publique est un « acte » administratif.

L'acte d'administration réalise un résultat voulu ; or il peut arriver que la loi restreigne la liberté d'action de l'administrateur, il se peut même qu'elle détermine les raisons de l'acte administratif : les rapports de l'acte administratif et de la loi n'en seront pas pour cela ceux d'une conclusion avec ses prémisses, mais bien ceux d'un acte avec ses motifs. D'ailleurs tout objet s'offrant à la volonté de l'État peut être le motif d'actes d'administration sans qu'intervienne une loi ; car si la liberté de l'administrateur trouve parfois sa limite dans la loi, en règle générale la liberté d'appréciation est de la nature de l'acte administratif.

Il ne faut pas outre à dénier le caractère de lois matérielles à certaines dispositions constitutionnelles exclusivement relatives à l'organisation étatique et qui n'élargissent ni ne restreignent la sphère juridique de l'action des particuliers.

Toutefois il est des cas où l'administrateur n'a aucun pouvoir d'appréciation et doit faire tel acte quand telles conditions sont réunies ; même dans ces cas, très exceptionnels à son avis, Laband se refuse à admettre que la décision de l'administrateur soit à la règle législative ce qu'est une conclusion à ses prémisses.

Ajoutons que Laband n'admet pas que la loi formelle soit seule douée de cette autorité propre, qui consisterait à ne pouvoir être ni modifiée, ni remplacée que par une autre loi formelle : il y a, dit-il, des ordonnances qui ne peuvent être modifiées que par des lois (1).

Parmi les auteurs qui ont combattu la distinction entre la loi formelle et la loi matérielle il convient de citer : Von Martitz (2), Zorn (3), Bierling (4), Lœning (5) et Seidler (6) : tous affirment qu'on ne peut admettre d'autre critérium de la loi que sa forme.

Von Martitz ne conçoit pas comment un acte pourrait avoir la forme d'une loi sans en avoir par là même le contenu. La loi, quel que soit son contenu, se caractérise par sa forme, qui est celle d'une règle de droit. Il n'y a pas

(1) Laband, *Marquardsen's Handbuch*, II. 1. S. 82.

(2) Von Martitz, « Ueber den constitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht » in der « Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft », B. 36, 1880, S. 207 sq.

(3) Zorn, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. B. I.

(4) Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II, p. 232.

(5) Lœning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, p. 227.

(6) Seidler, « Budget und Budgetrecht im Staatshaushalte der constitutionellen Monarchie mit besonderer Rücksichtnahme auf das österreichische und deutsche Verfassungsrecht », 1885, S. 184 sq.

de loi qui ne pose une règle de droit, qui ne soit loi que par sa forme, que par son apparence extérieure (1).

Cependant cet auteur ne fait pas abstraction complète du contenu de la loi : il indique que toute loi peut contenir un ordre, une défense ou une autorisation (2) : « la législation, dit-il aussi, se manifeste en des prescriptions juridiques » (3). Les lois, dit-il encore, doivent contenir des règles générales.

Pour Martitz la loi est donc l'expression de la volonté de l'État revêtant certaines formes et contenant soit un ordre, soit une défense, soit une autorisation générale. Quoi qu'en pense cet auteur, une semblable doctrine doit nécessairement conduire à admettre des lois purement formelles : en effet sous quel autre concept classer ces dispositions prises en forme de lois, mais qui ne contiennent qu'une constatation, qu'un principe, etc. ?

Zorn (4) définit la loi au sens le plus large du mot « toute prescription établie par la puissance publique ». « Loi » et « disposition juridique », c'est tout un. La loi *lato sensu* comprend la loi proprement dite et l'ordonnance. La différence entre l'une et l'autre n'est pas intrinsèque, mais extérieure et purement formelle. Elle ne saurait

(1) V. Martitz, *op. cit.*, S. 230, 250. « Der Gesetzesbegriff laesst eine Auseinandersetzung nach den Elementen der Form und des Inhaltes nicht zu. » *Ibidem*, S. 270.

(2) *Ibidem*, S. 246.

(3) « Die Gesetzgebung die sich in Anordnung von Rechtsvorschriften äussert. » *Ibidem*.

(4) Zorn, *op. cit.*, p. 401, 404.

exister que dans les pays régis par le système constitutionnel.

Seidler définit la loi « une règle émanant immédiatement du détenteur de la puissance de l'Etat, posée dans la forme juridique et investie de l'autorité suprême de la volonté de l'Etat (1) ». Il ajoute que la loi doit contenir un ordre (*eine Anordnung*) et être abstraite.

Quant à la généralité, il ne la considère pas comme un attribut essentiel de la loi, dont l'objet peut fort bien être une disposition individuelle (autorisation d'un prêt, d'une vente, etc.) (2).

Aux yeux de Seidler la loi se distingue de l'ordonnance en ce qu'il suffit à la loi, pour être valable, d'avoir été régulièrement élaborée et promulguée, tandis que la validité de l'ordonnance suppose d'autres conditions encore (conformité à la loi, par ex.).

Comme l'une et l'autre émanent de la volonté de l'Etat, cette différence ne peut tenir qu'à une différence dans l'intensité de cette volonté et aussi dans l'autorité qu'elle confère: la volonté de l'Etat confère aux lois plus d'autorité qu'aux actes auxquels elle donne une autre forme (3).

Pour Haenel (4) la législation est formée des actes de

(1) « Eine unmittelbare vom Inhaber der Staatsgewalt, in der Form Rechtsens erlassene, mit der höchsten Autorität staatlichen Willens ausgestattete Norm. » Seidler, *op. cit.*, S. 199.

(2) *Ibidem*, S. 192, 207.

(3) Seidler, *Ibidem*, S. 198.

(4) Haenel, *Studien zum deutschen Staatsrecht*. Leipzig, 1873.

la volonté régulatrice de l'Etat. L'objet de la législation est la création de dispositions juridiques réglant la vie de l'Etat et qui émanent de lui (1).

La différence entre la loi et l'ordonnance consiste en ce que la première, par des ordres, des défenses ou des autorisations juridiques, détermine l'activité des organes de l'Etat et celle des citoyens, tandis que l'ordonnance réalise les fins que se propose l'Etat (2).

En d'autres termes la loi est l'essence de la volonté régulatrice de l'Etat ; les actes gouvernementaux ou administratifs réalisent cette volonté.

Seligman (3) discerne quatre conditions auxquelles doit satisfaire la loi matérielle : 1° elle doit contenir un ordre ; 2° d'un caractère abstrait ; 3° cet ordre doit être adressé aux citoyens ou sujets ; 4° il faut que la règle de droit ainsi posée ne soit pas déjà contenue dans une autre disposition législative ou tout au moins que la loi nouvelle lui donne une extension ou une intensité plus grande (4).

Toute règle de droit contient nécessairement un ordre ou une défense : quand la loi autorise une chose, elle défend par là même tout empêchement à la réalisation de cette chose.

(1) *Ibidem*, S. 118. « Die Gesetzgebung ist daher die Erzeugung der das Leben des Staates und im Staate regelnden Rechtsätze von Staatswegen. »

(2) *Ibidem*, S. 201.

(3) Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne*, Berlin, 1886.

(4) *Ibidem*, p. 27.

Si le législateur pose une règle de droit, c'est qu'il lui paraît nécessaire de modifier l'ordre existant; d'où le caractère obligatoire de la modification introduite. L'impératif contenu dans la loi est fondé sur le rapport de gouvernant à gouverné (*Herrscher zum Beherrschten*). Une disposition qui ne contiendrait pas un ordre ne pourrait être une loi qu'au sens formel 1).

L'ordre est une déclaration de volonté, appuyée d'un moyen de contrainte et portant qu'un autre que le déclarant devra faire, subir ou ne pas faire une chose possible (2).

L'ordre suppose donc une sanction. La sanction est-elle un élément essentiel et caractéristique de la loi ? C'est un point très discuté. On a soutenu la négative par cette double raison qu'il existe des lois dépourvues de sanction et que, d'autre part, des actes autres que des lois peuvent être sanctionnés.

Seligmann conçoit une sanction spéciale aux prescriptions de droit : c'est ce qu'il appelle « *Zwangsmittel im Rechtsgewissen* » (un moyen de contrainte qui réside dans la conscience juridique). Il y aurait donc une conscience juridique distincte de la conscience morale ou religieuse ; et leurs impératifs pourraient ne pas concorder (3).

(1) *Ibidem*, S. 38, 39.

(2) « Der Befehl ist eine auf ein Zwangsmittel sich stützende Willenserklärung des Inhalts, dass ein Anderer als der Eklärende etwas mögliches thun, dulden oder unterlassen solle. » *Ibidem*, S. 46.

(3) *Ibidem*, S. 57, sq.

Pour Seligmann, la loi ne saurait être dictée que par des considérations de justice ou d'utilité ; sinon elle n'est plus un « Rechtsatz », mais un « Machtsatz » ; elle ne pose plus une règle de droit, mais une règle de force.

Le caractère de généralité est-il de l'essence de la loi ? Nous avons vu que Seligmann le pense. Laband (1), Stobbe (2), Rosin (3) et Jellinek (4) admettent au contraire que la loi « matérielle » puisse statuer sur un cas individuel.

Laband est d'avis qu'un privilège, tantôt peut être établi par une ordonnance, tantôt doit l'être par une loi : s'il n'est pas l'application de lois préexistantes, il ne saurait être institué que par une loi spéciale (5). Seligmann estime avec G. Meyer que toute disposition individuelle, alors même qu'elle émanerait du pouvoir législatif, ne peut être autre chose qu'une loi formelle. Cette conception lui paraît la seule compatible avec la distinction du domaine législatif et du domaine gouvernemental (6).

Se demandant à qui l'ordre émanant de l'État est adressé et qui il oblige, Seligmann est amené à rechercher comment l'État peut s'obliger par l'expression de sa propre volonté, tout en conservant la liberté de vou-

(1) Laband, *Budgetrecht*, 1871, p. 3. « *Staatsrecht des deutschen Reiches* », B. II, S. 1.

(2) Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, B. I, 2 Aufl., 1882, S. 123.

(3) Rosin, *Das Polizeiverordnungsrecht*, 1882, S. 5.

(4) Jellinek, *Gesetz u. Verordnung*, *passim*.

(5) Laband, *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, B. II, S. 3.

(6) Seligmann, *op. cit.*, S. 68.

loir autre chose. Comment concevoir que l'on se commande à soi-même ?

Ihering répond qu'un impératif qu'on s'adresse à soi-même est une *contradictio in adjecto*. La loi n'est parfaite qu'autant que l'État se considère, en fait, comme lié par elle. Le critérium de la loi est en effet la contrainte, qui en garantit l'exécution ; or une contrainte exercée par l'État sur lui-même ne se conçoit pas. Aussi le concept du droit n'est-il réalisé qu'autant que l'État se soumet, en fait, aux règles qu'il a lui-même posées (1).

La loi, dit Seligmann, suppose une autorité qui ordonne et un être à qui l'ordre s'adresse. L'autorité qui ordonne doit en outre disposer du pouvoir de contrainte, pour assurer l'exécution de son ordre. Dès lors, quelle valeur aurait l'ordre qu'on s'adresserait à soi-même, puisqu'aucune sanction n'existe pour en garantir le respect ? Non seulement l'État ne peut être conçu comme soumis à une volonté qu'il a lui-même exprimée, mais il entre dans ses obligations de modifier cette volonté dès que l'utilité publique l'exige.

Il est plus exact de dire que l'État, lorsqu'il légifère, c'est-à-dire confère aux règles de droit une existence réelle et complète, adresse des ordres non pas à lui-même, mais aux individus ou aux autorités.

Quelques auteurs (2) ont essayé de différencier la lé-

(1) Ihering, « *Der Zweck im Recht* », I, 2^e Auf. S. 335, 337, 339, 358 et 234.

(2) M. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901.

gislation de l'administration et de la juridiction en les rattachant aux divers objets que se propose l'activité de l'Etat ; en d'autres termes, ils ont tenté une classification téléologique des actes de l'Etat.

L'Etat vise trois buts : 1^o le maintien de son existence propre ; 2^o le maintien de son droit ; 3^o la civilisation matérielle, intellectuelle et morale. La création consciente du droit est sa fonction principale, fonction législative : en l'exerçant l'Etat agit comme *Rechtsstaat*. C'est dans cette création de l'ordre juridique, que se manifeste sa capacité de commander ; cette capacité n'appartient qu'à l'Etat ; seul il peut créer une règle de droit, car seul il peut commander (1).

La théorie de la loi qui paraît dominer la doctrine allemande contemporaine a été exposée par Jellinek avec beaucoup de clarté.

Toute loi, dit-il en substance, présente ce double caractère de contenir une règle de droit obligatoire et d'être l'expression solennelle de la volonté de l'Etat. Mais l'expression de cette volonté est susceptible de modalités

1901, p. 438, sq. ; Gneist, « *Rechtsstaat* », 2^e Auf. 1879, S. 8, sq. ; Jellinek, « *Gesetz und Verordnung* », 213-225 ; *Allgemeine Staatslehre*, 1900, S. 555-572.

(1) « Der Rechtszweck ist nämlich der spezifische Zweck des Staates, den er mit keiner anderen Persönlichkeit teilt. Bewusste Schöpfung Aufrechthaltung, Fortbildung der Rechtsordnung sind ausschliesslich Aufgaben des Staates. » Jellinek, *op. cit.*, p. 214. « Schrankenziehung durch Gebot und Verbot zum Zwecke der Gewahrung freien Thuns, Habens und Geniessens jeder, auch seiner eigenen Persönlichkeit, ist die erste Function des Staates, die sich unter dem Gesichtspunkte des Rechtszweckes ergibt. » *Ibid.* S. 217.

variables. Si l'Etat pose des règles de droit impératives, il donne aussi des conseils, constate des faits, déclare des vérités abstraites, etc.; et s'il fait tout cela sous forme de loi, il y aura des lois non obligatoires (1). Cependant, en fait, la plupart des lois ont un caractère obligatoire.

Jellinek repousse l'identification tentée par v. Martitz, Zorn et Haenel (2) de toute prescription de l'Etat avec une règle de droit (*Rechtsatz*) : elle conduirait, dit-il, à ériger en droit objectif tout ordre donné par un sous-officier.

L'Etat deviendrait ainsi une institution ayant pour unique fonction de poser des règles de droit, sans connaître ni de la juridiction, ni de l'administration.

L'erreur où ces auteurs sont tombés s'explique par leur ignorance des rapports réels de la vie.

La loi ne saurait non plus être définie : « une règle de droit abstraite », par opposition à l'ordonnance, qui ne pourrait contenir qu'une règle concrète. Car on voit en fait un acte d'administration régler un nombre indéterminé de cas ; il y a donc des règles administratives abstraites, comme il y a des règles de droit abstraites (3).

Jellinek remarque qu'une pareille théorie implique en outre certains postulats non démontrés et remplace les

(1) Jellinek, « *Ges. u. Ver.* », S. 232,

(2) Von Martitz, « *Ueber den constitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschen Staatsrecht.* » In der « *Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft* » ; Zorn, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches.* ; Haenel, *Studien zum deutschen Staatsrecht.*

(3) Jellinek, *Ges. u. Ver.*, S. 236.

déductions scientifiques par des affirmations absolues : c'est l'analogie que ces auteurs établissent entre la règle de droit et les règles divines, naturelles ou morales, qui les a conduits à la concevoir comme nécessairement générale et abstraite.

Si la plupart des règles juridiques ont un caractère général, c'est simplement parce que les rapports sociaux et individuels répondent à certains types constants : « C'est de la constance des rapports de la vie, que résulte la généralité des lois (1). »

Mais outre ces rapports susceptibles d'être prévus et réglés d'avance, d'autres ont un caractère individuel et ne sauraient être soumis aux règles existantes, soit parce que l'application de ces règles conduirait à des injustices, soit parce qu'elles sont insuffisantes :

Pour les uns comme pour les autres de ces rapports, c'est une règle de droit qu'il s'agit de poser : si dans la plupart des cas la règle de droit est générale, ce caractère de généralité est tout au plus naturel, mais non essentiel au concept de la loi considérée dans sa matérialité (2).

Selon Jellinek, c'est par son objet que la loi se distingue de l'ordonnance. Sous ce rapport, il existe entre l'une et l'autre une différence réelle : « La loi a pour objet

(1) Jellinek, *op. cit.*, p. 238.

(2) Jellinek s'appuie dans cette affirmative sur Laband, *Budgetrecht*, S. 3 ; *Staatsrecht*, II, S. 1 ; Rosin, *Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen*, S. 5 ; Löning, *Verwaltungsrecht*, S. 226.

de délimiter la sphère de l'activité libre des personnes. » Tout acte ayant une autre fin, tout acte qui n'introduit aucune modification dans l'ordre juridique existant, qui n'a pas rapport au droit objectif, qui ne pose aucune borne nouvelle à la liberté de l'Etat ou des citoyens, peut être une loi par sa forme, aussi bien qu'une ordonnance : il ne sera jamais une loi « matérielle », c'est-à-dire par son contenu (1).

La loi « matérielle » doit contenir et créer, pour les citoyens ou pour l'Etat, des droits nouveaux et de nouvelles obligations. Jellinek range parmi les lois « matérielles » celles des lois formelles qui contiennent la répétition d'une règle de droit antérieurement posée, la codification d'un droit coutumier, la révision d'un Code ou même l'explication du droit existant sous la forme d'une interprétation authentique (2).

Seligmann (3), nous l'avons vu, estime que seule la création d'un droit nouveau, la restriction ou l'extension du droit antérieur peuvent donner à une disposition le caractère d'une loi « matérielle » proprement dite.

Cette thèse paraît inadmissible à Jellinek, car on ne saurait considérer comme une prescription d'un caractère simplement administratif, celle qui réglemente certains rapports juridiques ou qui déclare punissables certains faits, par la seule raison qu'elle est la reproduc-

(1) Jellinek, *op. cit.*, 240.

(2) *Ibidem*, p. 241.

(3) Seligmann, *op. cit.*, p. 147.

tion de dispositions antérieures analogues : elle n'en a pas moins les caractères essentiels à une loi, alors même que cet état juridique préexistait ou que ces faits étaient antérieurement punissables.

Pour savoir si on se trouve en présence d'une loi « matérielle » ou d'un acte d'administration, il faut en rechercher, d'après Jellinek, l'objet le plus proche, l'objet immédiat. A cet égard il est important, dans les lois formelles qui règlent les rapports de l'Etat et des particuliers, de discerner l'objet immédiat de l'objet médiat ; car il arrive souvent qu'une règle juridique soit instituée pour un motif d'ordre administratif. Ainsi dans la loi sur le service militaire, l'Etat établit une règle juridique qui a en définitive pour objet de permettre le jeu du gouvernement. D'autre part, l'ordre juridique et l'ordre administratif peuvent être si étroitement associés, que l'application d'une mesure administrative ou gouvernementale entraîne nécessairement une modification dans l'ordre juridique. C'est ce qui arrive, par exemple, lors de l'annexion ou de la cession d'un territoire : réalisées par un acte de gouvernement, elles impliquent des changements dans les rapports juridiques des annexés et de l'Etat : « Organiser est affaire de gouvernement ; mais le fonctionnement des organes institués par le gouvernement entraîne souvent la création de règles de droit (1). »

(1) Jellinek, *op. cit.*, p. 243.

Laband (1) se trompe en affirmant que les ordres adressés par l'Etat aux organes ou aux fonctionnaires qui dépendent de lui, sont toujours et nécessairement des actes d'administration : ici encore il faut rechercher l'objet immédiat de l'ordre. Par exemple les dispositions indiquant au juge la procédure qu'il doit suivre, contribuent à délimiter l'action de l'Etat et celle des particuliers, elles sont par conséquent des lois par leur contenu, des lois « matérielles ».

En tout cas il est impossible, selon Jellinek, d'établir une distinction absolue entre les lois matérielles et les actes d'administration, à cause de la connexité des fonctions publiques et du chevauchement de leurs limites qui résulte de cette connexité (2).

Au point de vue formel, on a voulu considérer comme trait caractéristique de la loi, le fait qu'elle est obligatoire pour tous (*Allverbindlichkeit*). Mais un décret formel est obligatoire pour tous, comme une loi formelle.

De même Jellinek nie qu'on puisse caractériser la loi formelle en la définissant « l'acte suprême de la volonté de l'Etat » (*der höchste Willensakt des Staates*). Il n'y a pas à imaginer de prétendus degrés d'intensité dans cette volonté : l'Etat veut ou ne veut pas ; à cet égard il n'y a point de différence entre la loi et le décret.

Ce qui distingue les lois formelles des autres actes,

(1) Laband, *Staatsrecht*, II, p. 209, 210.

(2) Jellinek, *op. cit.*, p. 246.

c'est qu'on ne peut modifier, ni abroger aucune de leurs dispositions que par une autre loi (1).

Il faut en voir la cause, dit Jellinek, dans la force légale formelle inhérente à toute loi formelle (2).

Si, dans certains Etats, le roi ne peut modifier ni abroger une loi, ce n'est pas que la loi, en vertu de sa force obligatoire pour tous, l'oblige aussi ; c'est d'une part que la loi ne l'autorise pas à faire seul des lois, et d'autre part qu'une loi ne peut être modifiée que par une loi.

En théorie comme en pratique, il importe au plus haut point, selon Jellinek, de distinguer le concept de la loi formelle du concept de la loi matérielle. C'est la notion de cette différence, qui a permis de comprendre que la substance d'un acte public (*Staatsakt*) est indépendante de sa forme juridique ; qu'une règle de droit n'est pas nécessairement contenue dans toute disposition ayant la forme d'une loi et qu'elle peut prendre l'une quelconque des formes sous lesquelles apparaît la volonté de l'Etat (3).

Comme l'observe justement G. Meyer (4), la distinction de ces deux concepts a une importance particulière dans les Etats constitutionnels, où elle permet d'établir

(1) Laband, *Marquardsen's Handbuch*, S. 28 ; et Seligmann, *op. cit.*, p. 21.

(2) Jellinek, *op. cit.*, p. 249 : « Die Ursache dieser juristischen Wirkung ist die allen formellen Gesetzen innewohnende formelle Gesetzeskraft. »

(3) *Ibidem*, p. 252.

(4) G. Meyer, *Grünhuts Zeitschrift*, VIII, S. 25 sq. ; *Staatsrecht*, S. 456.

une délimitation entre les compétences du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

Parmi les jurisconsultes allemands de droit public, Stahl (1) est le premier qui ait donné une théorie originale de l'ordonnance.

La pensée de cet auteur est que l'action gouvernementale dispose d'un domaine où elle s'exerce en toute liberté : le gouvernement trouve dans la loi non pas le contenu de sa propre volonté, mais simplement les limites de ce domaine où elle règne. En d'autres termes, Stahl accorde à l'exécutif le droit de faire librement les ordonnances, que la loi limite sans les conditionner.

Cependant le droit de faire des ordonnances ne doit être exercé que *secundum et intra legem*.

La nécessité de reconnaître au pouvoir exécutif le droit de faire les décrets ou ordonnances, a été admise par tous les auteurs allemands, quelle que soit d'ailleurs la base de leur conception de l'Etat (2). Gneist reconnaît au gouvernement le droit de prendre des décisions par voie d'ordonnance *inter legem* sur toutes les questions que ne règlent pas les lois (3).

Stein déclare que l'ordonnance est l'expression de la volonté de l'Etat en l'absence de la loi (4).

(1) Stahl, *Staatslehre*, 2 Auf., S. 169; Jellinek, *Geset. u. Ver.*, 2^e partie, chap. VI.

(2) Stahl fonde ce droit sur le principe monarchique. *Staatslehre*, p. 385, 386.

(3) Gneist, *Verwaltungsrecht*, I, § 11, 12.

4) Stein, *Vollziehende Gewalt*, I, S. 78.

Jellinek distingue dans chaque Etat ayant une constitution deux catégories d'ordonnances : les ordonnances d'ordre constitutionnel et celles qui sont rendues en vertu d'une loi spéciale.

Les ordonnances d'ordre constitutionnel (*Verfassungsmässige Verordnungen*) sont, comme les lois, l'expression immédiate de la volonté de l'Etat ; elles réglementent le domaine que délimitent les coutumes ou les lois constitutionnelles.

Le droit de faire des ordonnances ne se réduit pas, pour Jellinek, au droit d'appliquer une règle générale à un cas particulier, ni au droit de prendre une décision d'espèce. Il reconnaît à celui qui a le droit de statuer par voie d'ordonnance, le droit de concevoir ces ordonnances sous une forme abstraite ou générale. Celui qui a le droit de statuer par voie d'ordonnance particulière peut aussi rendre des ordonnances générales (1).

Nombre de dispositions concernant, par exemple, l'organisation intérieure de l'armée, l'attribution par l'Etat de distinctions honorifiques, l'organisation des corps administratifs et leur fonctionnement, etc., etc., sont prises par le monarque sous forme d'ordonnances, lorsque ces questions n'ont pas fait l'objet de lois spéciales. Ce sont des ordonnances rendues en toute indépendance dans

(1) « Wer das Recht der Verfügung hat, besitzt auch das Recht diese Verfügungen abstract und allgemein zu fassen, mit anderen Worten, wer das Recht der Einzelverfügungen hat, darf auch Verordnungen erlassen. » Jellinek, *Ges. u. Ver.*, S. 375.

les limites que peuvent impartir les lois en vigueur : le contenu en est librement fixé.

Il y a des ordonnances d'autre sorte : celles qui appliquent une loi existante. La raison d'être des ordonnances de cette sorte est dans l'existence même du gouvernement.

L'ordonnance exécutive (*Vollzugsverordnung*) ne peut jamais contenir une règle de droit nouvelle.

La nécessité d'ordonnances appliquant des lois a été reconnue de tout temps. Le gouvernement a le droit pour remplir sa mission de prendre des mesures d'ordre général.

Aux ordonnances qui ont leur origine dans la constitution Jellinek oppose, nous l'avons dit, celles qui sont rendues en vertu d'une loi spéciale. Il s'agit ici d'actes qui sont, par leur nature, de la compétence du législateur et dont il charge par attribution spéciale le pouvoir exécutif. Jellinek nomme ces ordonnances « *Ergänzungsverordnungen* » (1).

Ces *Ergänzungsverordnungen* ont donc pour base juridique une délégation, qui peut avoir elle-même un caractère impératif ou potestatif.

Jellinek est d'avis que dans tous les domaines cette réglementation par voie d'ordonnance est admissible ; il estime cependant qu'en matière politique aucune modi-

(1) *Ibidem*, p. 383. Ordonnances qui complètent (*ergänzen* compléter). La loi ne pouvant pas tout réglementer, laisse au gouvernement la faculté de combler certaines lacunes.

fication durable ne saurait être opérée autrement que sous forme de loi.

Jellinek distingue aussi les ordonnances en « indépendantes » et « dépendantes ». Les premières sont celles qui remplacent la loi : « *Gesetzersetzenden* ». Les ordonnances dépendantes comprennent les deux catégories d'ordonnances distinguées tout à l'heure en « *Gesetzvollziehenden* » et « *Gesetzergänzenden* » (1).

Par leur contenu, les ordonnances se distinguent en ordonnances juridiques et ordonnances administratives, selon qu'elles contiennent une règle juridique ou une disposition administrative. Une ordonnance juridique n'est autre chose qu'une loi matérielle, née sous une autre forme, mais produisant le même effet que si elle était une loi proprement dite.

Dans tous les domaines, on est obligé de donner la forme d'ordonnance à certaines règles juridiques ; mais cela est surtout vrai en matière de police.

Laband (2) emploie le terme « ordonnance », comme celui de « loi », soit au sens matériel, soit au sens formel.

Le décret « matériel » contient selon lui, une disposition administrative, une manifestation de la libre activité gouvernementale (3). Le décret « formel » est une disposition prise par le gouvernement sans intervention

(1) *Ibidem*, S. 384.

(2) Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, S. 68 et sq.

(3) « Sie enthælt...eine Anordnung auf dem gebiete der Verwaltung, eine Ausübung der freien Regierungsthætigkeit. »

des organes législatifs. Il peut contenir des dispositions juridiques. Aussi convient-il de distinguer les « *Rechtsverordnungen* » et les « *Verwaltungsverordnungen* » : les premiers s'adressent aux individus, les autres aux autorités.

Le décret matériel est pourvu d'une force de contrainte dont la base est l'autorité qu'a le supérieur hiérarchique sur son inférieur. Il peut contenir des règles, mais ce ne sont pas des règles de droit. Il impose aux fonctionnaires non des « *Rechtspflichten* », mais des « *Amtspflichten* » et n'exerce généralement aucune influence sur les sujets ; du moins cette influence n'est-elle jamais directe.

Contiendrait au contraire une règle de droit, toute disposition qui influe directement sur les sujets et leurs rapports juridiques.

Laband croit que le décret matériel ne peut devenir un « *Rechtssatz* », que s'il est légalement sanctionné.

Rosin aussi soutient que la disposition administrative générale devient un « *Rechtssatz* », s'il arrive qu'une loi la confirme ; contenue dans une ordonnance, elle ne paraissait s'adresser qu'aux autorités ; mais du moment qu'elle devient loi, elle peut conférer des droits aux sujets et devenir ainsi un « *Rechtssatz* » proprement dit. C'est en effet l'intention du législateur de prendre une mesure obligatoire pour les sujets, qui en fait un « *Rechtssatz* ».

§ 4. — La distinction de la loi et de l'ordonnance selon
les auteurs français contemporains.

Longtemps les jurisconsultes français contemporains se sont bornés à distinguer la loi de l'ordonnance au seul point de vue formel. MM. Ducrocq (1), Aubry et Rau (2), et Beudant (3), par exemple, ne caractérisent la loi que par l'autorité dont elle émane.

M. Ducrocq voit deux différences entre la loi et le règlement : 1° l'acte réglementaire émane d'un pouvoir autre que le pouvoir législatif ; 2° il participe de la subordination de l'exécutif envers le législatif, en ce sens qu'il ne doit tendre qu'à assurer l'exécution de la loi.

Quant aux ressemblances qui existent entre la loi et le règlement, M. Ducrocq en discerne jusqu'à huit : 1° la généralité ; 2° la réglementation de l'avenir ; 3° la défense des intérêts publics et non d'un intérêt privé ; 4° la force obligatoire ; 5° la sanction pénale ; 6° l'obligation pour l'autorité judiciaire de les appliquer ; 7° le droit pour la même autorité d'apprécier leur légalité, non pour les annuler, mais pour refuser de les appliquer ; 8° le droit pour la même autorité de les interpréter.

MM. Aubry et Rau semblent considérer comme loi proprement dite toute règle émanant du pouvoir législatif.

(1) Ducrocq, *Droit administratif*, t. I, p. 81 et sq. Paris, 7^e édition, 1897.

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*. Paris, 1897, 5^e éd., pp. 11, 14.

(3) Beudant, *Cours de droit civil*. Paris, 1896, t. I, p. 4.

Depuis peu la distinction entre le concept formel et le concept matériel de la loi est apparue dans la doctrine française.

M. Esmein (1) constate qu'on donne le nom de loi à toute décision prise par les deux Chambres, conformément à leurs pouvoirs et dans un texte identique.

Cette notion, particulière aux pays connaissant la séparation des pouvoirs, semble impliquer une notion plus générale, qui serait à peu près celle-ci : on dénomme loi toute disposition élaborée par les organes compétents selon des conditions fixées pour la confection des actes législatifs.

Mais M. Esmein observe aussitôt que cette conception de la loi est purement formelle, que nombre d'actes qu'elle comprend ne sont pas, au fond, des lois proprement dites : tel est, par exemple, le cas de tous ceux qui n'établissent pas une règle générale d'une durée indéfinie. La loi réelle peut se définir : « une règle impérative ou prohibitive posée par le souverain qui statue non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous, pour l'avenir et à toujours. »

Il est de l'essence de la souveraineté, ajoute ensuite M. Esmein, que le souverain ne soit pas tenu par les lois, en ce sens qu'il peut toujours les abroger ou les modifier ; mais, tant qu'elles existent, elles sont la règle

(1) M. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2^e éd., 1899, p. 10, p. 693, 694.

suivant laquelle son autorité s'exerce. On en est même arrivé à lui refuser presque absolument le droit d'écarter dans un cas isolé l'application de toute loi en vigueur.

M. Esmein pense qu'affirmer, comme le fait Rousseau, que la loi est l'expression de la volonté générale, est un abus de langage : « La loi, dit-il, doit nécessairement procéder de la nation, en ce sens que la nation souveraine peut seule faire des lois ou conférer le pouvoir de les faire ; mais il n'est pas vrai que la loi soit nécessairement et simplement l'expression directe et immédiate de la volonté générale, formulée d'une façon précise par la majorité des citoyens. Elle est avant tout une règle de justice et d'intérêt public. Si elle a nécessairement à sa base l'autorité du souverain, personne n'oserait dire que le souverain pourrait de parti pris édicter des lois injustes ou nuisibles (1). »

Deux points nous paraissent contestables dans la notion de loi que propose M. Esmein.

La loi doit-elle nécessairement statuer « à toujours » ? Une disposition, semble-t-il, pourrait ne réglementer par mesure générale l'activité des individus qu'à titre temporaire, sans pour cela cesser d'être une loi ; l'on ne voit pas bien pourquoi la perpétuité serait essentielle au concept de loi, alors qu'aucune loi positive n'a jamais été et ne saurait être valable que pour un temps ; il est simplement vrai que le législateur ne peut d'ordinaire mesurer

(1) *Ibidem*, p. 231, 232.

ce temps à l'avance et que la durée de validité de la loi demeure ainsi indéterminée.

La loi est-elle avant tout une « règle de justice et d'intérêt public ? » C'est plutôt ce qu'il serait désirable qu'elle fût ; mais elle ne paraît pas avoir ce caractère d'une manière assez générale ni assez constante, pour qu'on le considère comme inhérent au concept de loi : ce n'en est guère qu'un attribut accidentel et contingent.

M. Planiol voit dans la loi, « une règle sociale obligatoire, établie en permanence par l'autorité publique et sanctionnée par la force ». La loi ne se conçoit que dans une société où des volontés supérieures s'imposent à des volontés inférieures. Elle se distingue des autres règles posées par des particuliers, en ce qu'elle émane de l'autorité publique ; et des règles morales, en ce qu'elle est sanctionnée par la force publique. Elle est établie en permanence pour un nombre indéterminé d'actes et de faits ; toute décision de la puissance publique qui ne doit être exécutée qu'une seule fois, n'est pas une loi, mais un acte d'administration, alors même qu'elle est l'œuvre de l'organe législatif. Admettre, comme le voulait Beudant, que toute disposition du pouvoir législatif soit une loi, c'est, aux yeux de M. Planiol, ne s'attacher qu'à la forme et méconnaître le fond.

Pour M. Planiol, les caractères de la loi et ceux des

(1) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1900, p. 53 sq.

actes de réglementation générale émanant du pouvoir exécutif sont les mêmes. Il admet avec M. Ducrocq, que les actes réglementaires aient, comme la loi, la généralité de disposition, la réglementation de l'avenir, la force obligatoire et la sanction pénale.

Ces actes réglementaires, de quelque nom qu'on les nomme, interviennent pour régler les points négligés par la loi. Ce sont des dispositions législatives d'ordre inférieur, si on les compare aux lois proprement dites, mais de même nature. Le pouvoir réglementaire est d'ailleurs plus ou moins étendu, mais toujours et nécessairement subordonné au pouvoir législatif.

Un décret ne peut ni abroger, ni modifier une loi.

M. Artur (1) admet, bien qu'en d'autres termes, la distinction de la loi matérielle et de la loi formelle : « il faut, dit-il, distinguer les lois véritables et les lois improprement dites » (2). On ne peut dire de tous les actes émanant des organes législatifs, qu'ils sont des lois, parce que en dépit de cette origine commune, ces actes peuvent être différents de nature. Les fonctions diverses de la puissance publique sont antérieures à son fractionnement entre plusieurs organes : car ce fractionnement même suppose la diversité de ces fonctions. C'est donc concevoir les choses au rebours de la réalité, que de

(1) M. Artur, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, *Revue de droit public et de la science politique*, 1900, n° 2 et sq.

(2) *Ibidem*, n° 2, p. 224.

faire dépendre la nature des actes de la puissance publique de l'organe qui les élabore. Ce n'est pas le pouvoir législatif qui communique à la loi sa nature, c'est au contraire la loi, acte de la puissance publique d'une nature particulière, qui, éventuellement, donne naissance à un pouvoir distinct et lui communique sa nature propre.

La loi, dit M. Artur, se distingue des autres actes de la puissance publique par deux caractères essentiels. En premier lieu, c'est une règle « générale ; et ce caractère de généralité l'oppose à tous les actes de juridiction ou d'administration, à l'exception des règlements ».

En second lieu, M. Artur pense avec Rossi (1), que la loi est un acte essentiellement « initial » ; par là même la souveraineté s'y manifesterait avec une intensité particulière et caractéristique. La loi est indépendante de tout autre acte ; d'où il résulte qu'au point de vue positif, humain, c'est un acte de la puissance publique contre lequel aucun recours n'existe.

Seule entre tous les actes de la puissance publique elle présente ce caractère (2). Le règlement même, que sa généralité rapproche de la loi, est un acte dépendant, déterminé par elle, il doit s'y conformer ; il comporte des recours devant les tribunaux. Il en est de même des au-

(1) Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, 2^e édit., 1877, t. III, p. 365.

(2) « Jugements, actes administratifs, acte de gouvernement sont des actes de puissance publique, des actes de souveraineté, mais des actes de souveraineté subordonnée, limitée, de souveraineté secondaire », M. Artur, *op. cit.*, pp. 222, 223.

tres actes de gouvernement, qui se distinguent en outre de la loi par l'absence de généralité.

Cette théorie ne nous paraît pas fournir une solution satisfaisante du problème posé : la généralité ne peut être retenue comme un caractère distinctif de la loi, puisqu'elle lui est commune avec le règlement administratif. Resterait donc propre à la loi ceci seulement, qu'elle est un acte « initial » contre lequel aucun autre acte ne saurait prévaloir, contre lequel n'existe aucune voie de recours. Mais ce ne sont point là des particularités inhérentes au contenu, à la nature intrinsèque de la loi : elles tiennent à l'organe duquel émane la loi. Il peut être historiquement et logiquement vrai que la fonction législative doive être conçue comme ayant préexisté à l'apparition d'un organe législatif distinct ; et par suite la nature de cette fonction, comme ayant déterminé la nature de cet organe. Il n'en demeure pas moins, qu'à son tour l'organe, une fois né, a communiqué à tous les actes émanés de lui cette force « initiale » et souveraine, d'où dérive l'impossibilité d'un recours. Elle était désormais étrangère à la nature intrinsèque de l'acte et ne tenait qu'à sa forme législative, c'est-à-dire à la source dont il est issu.

On doit à M. Duguit (1) la tentative la plus récente pour différencier l'acte législatif de l'acte administratif et de

(1) M. Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*. Paris, 1901.

l'acte juridictionnel, d'après leur caractère intrinsèque. Ce caractère est absolument indépendant de la nature de l'organe duquel émane l'acte considéré.

L'acte législatif est l'acte par lequel les gouvernants constatent une règle de droit objectif, impérative et générale.

M. Duguit se refuse en effet de concevoir l'Etat comme une personnalité ou comme une collectivité personnifiée ; aussi s'élève-t-il énergiquement contre les doctrines qui font de l'Etat le créateur des règles de droit : l'Etat, ou plutôt les gouvernants par lesquels il manifeste son activité, ne peuvent que constater ces règles ; ils ne peuvent les créer, car elles leur sont antérieures et supérieures.

Seule, cette définition permet de comprendre qu'elles soient obligatoires et pour les gouvernés et pour les gouvernants eux-mêmes (1) : la règle de droit objectif est impérative et obligatoire pour tous indistinctement. Si une loi positive doit être obéie, ce n'est pas qu'elle émane de telle ou telle autorité, c'est qu'elle contient une règle de droit.

Objectera-t-on que la loi positive, quel que soit son contenu, ne comporte aucun recours ? Sans doute ; mais

(1) On sait que les auteurs allemands (Ihering, Laband, Jellinek) se sont trouvés fort embarrassés d'expliquer comment les lois constitutionnelles et celles des lois ordinaires qui sont applicables à l'Etat et aux gouvernants, pouvaient être obligatoires pour ceux-là mêmes qui les font. Pour se tirer d'affaire, ils ont imaginé la théorie de l'auto-limitation (*Selbst-Beschränkung*) : si la loi est opposable à l'Etat et aux gouvernants, prétendent-ils, c'est que l'Etat, par cela seul qu'il l'a établie, a manifesté sa volonté d'y obéir lui-même.

il n'y a là qu'un fait, impuissant à transformer en règle de droit une prescription qui n'aurait pas ce caractère. Cette irrecevabilité du recours ne dépend pas de la nature intrinsèque de l'acte, mais de l'organe dont il émane (1). En d'autres termes, la loi positive ne saurait être conçue comme réductible à un ordre des gouvernants aux gouvernés ; car tout ordre suppose une volonté supérieure et une volonté inférieure ; or toutes les volontés sont socialement égales. La loi est impérative, parce que la règle de droit qu'elle constate est impérative. S'il advient que son contenu ne soit pas une règle de droit ou qu'il soit contraire à une règle de droit, la loi dépouille par là même son caractère impératif et obligatoire : nul ne lui doit obéissance. L'action des gouvernants, qui ne sont aucunement titulaires d'un prétendu droit de souveraineté, n'est légitime qu'autant qu'elle se conforme au droit objectif, lequel est à son tour déterminé par la solidarité sociale.

Ce n'est pas à dire qu'un ordre ne puisse, dans la loi, se juxtaposer à la règle juridique ; bien au contraire : à la « norme juridique » est jointe le plus souvent une « partie constructive » de la loi, — œuvre de l'art législatif, qui contient les mesures que les gouvernants jugent propres à en assurer le respect ou à en réparer la violation (2).

Ces mesures peuvent comporter des ordres adressés

(1) M. Duguit, *op. cit.*, p. 437.

(2) *Ibidem*, pp. 427 et sq., pp. 560 et sq.

par les gouvernants à leurs agents et non aux gouvernés ; leur caractère varie du reste suivant la nature des rapports hiérarchiques entre les gouvernants et leurs agents.

Cette « partie constructive » n'est pas essentielle à la loi : on conçoit une loi où elle ne se rencontrerait pas. Inversement, il se présentera des cas où la partie constructive d'une loi sera la seule apparente ; mais c'est qu'alors la règle de droit, support juridique nécessaire à la loi, sera supposée connue ou sous-entendue (1).

La loi considérée dans son contenu, a, nous l'avons vu, pour second caractère d'être générale.

C'est dans l'intérêt des gouvernés que l'intervention de l'organe étatique dans un cas particulier n'est plus conçue comme admissible, que si elle satisfait aux conditions établies une fois pour toutes dans une loi positive.

Mais cette conception n'a triomphé qu'à la longue : à l'origine, les gouvernants procédèrent sans doute par décisions spéciales et concrètes ; puis un moment vint où l'arbitraire inhérent à une semblable pratique parut

(1) Certaines dispositions législatives ne contiennent que la constatation de la règle de droit : l'ordre du législateur n'y apparaît pas, il ne peut même se concevoir, car il s'agit de lois s'adressant à l'Etat exclusivement. Pour Laband et Seligmann, nous l'avons vu, une loi qui ne contient ni un ordre, ni une défense ne peut être qu'une loi formelle. Ainsi ni les Déclarations des droits de 1789, 1793, de l'an III, ni les dispositions constitutionnelles ne seraient des lois. M. Duguit leur reconnaît au contraire le caractère de lois, puisqu'elles contiennent une norme de droit impérative par elle-même. *V. op. cit.*, p. 554.

tellement intolérable, qu'on jugea nécessaire de donner des règles générales pour base aux décisions particulières. Le gouverné comprit qu'il ne se trouverait à l'abri des caprices du gouvernant, que du jour où l'intervention de ce dernier dans chaque cas particulier serait obligatoirement conforme à une règle d'avance formulée en termes généraux et abstraits.

Cette règle, le gouverné n'en a d'abord que la notion confuse ; puis il en prend plus clairement conscience et finit par aspirer à ce qu'elle s'extériorise et s'impose ainsi aux gouvernants eux-mêmes.

Les gouvernants n'ont aucun droit de souveraineté : pour que leur action soit légitime, il faut qu'elle soit conforme au droit objectif et déterminée par un but de solidarité (1).

Quelles causes ont déterminé les gouvernants à accepter cette limitation de leur propre liberté ? Elles apparaissent différentes à Ihering et à M. Duguit.

Ihering sait le rôle qu'a joué dans les conceptions humaines l'intérêt. Aussi dit-il, que « le détenteur de la force est allé au droit parce qu'il a eu la conviction que son propre intérêt l'y poussait, .. parce qu'il a compris qu'il n'acquerrait une vraie sécurité que là où il observait l'ordre général formulé par lui » (2).

(1) *Ibidem*, p. 467.

(2) « Sie (die Gewalt) greift zum Recht, weil sie sich überzeugt dass ihr eignes wohlverstandenes Interesse es erheischt. » Ihering, *Der Zweck im Recht*. Leipzig, I, B. 1877, S. 366, 367. « Das Recht ist die wohlverstandene Politik der Gewalt, dit-il plus loin, nicht die kurz-

Pour M. Duguit la notion de la loi positive a été le produit de l'idée d'un droit objectif fondé sur la solidarité sociale, idée qui, s'imposant aux gouvernants comme aux gouvernés, grandissait en force et en étendue à mesure que se développait chez l'individu la conscience de cette solidarité. Gouvernants et gouvernés devenaient en même temps conscients de la solidarité sociale, parce qu'en tant qu'individus, ils obéissent aux mêmes lois d'évolution psychique (1).

Si les gouvernés se plièrent à la volonté des gouvernants, c'est donc qu'ils en vinrent à la concevoir comme l'expression d'une règle supérieure destinée à protéger chacun et tous (2).

Le caractère de généralité est essentiel à la loi, contrairement à ce qu'ont soutenu Jellinek et Laband, car elle est l'expression de la règle de droit, dont la solidarité sociale est l'unique base ; elle doit donc avoir tous les caractères de cette solidarité (3).

sichtige Politik des Augenblicks, die Politik der Leidenschaft und des momentanen Interesses sondern die wichtigste Politik, die das Ende und die Zukunft im Auge hat. »

(1) « La règle de droit existe en soi sur le fondement de solidarité sociale, avant même que personne en ait conscience.

Du jour où quelques individus, plus clairvoyants que les autres, prennent conscience de l'Etat social et de la règle de droit qui y correspond, du jour où cette règle pénètre la conscience des gouvernants, elle peut et doit être constatée dans la loi positive sans passer par la phase coutumière : la coutume n'est pas un stade nécessaire, mais contingent de l'évolution du droit. D'ailleurs, pas plus que la loi, la coutume n'a créé le droit ; elle le constate. » M. Duguit, *op. cit.*, p. 558.

(2) *Ibidem*, p. 472.

(3) M. Duguit démontre que Laband et Jellinek, caractérisant la loi

La différence essentielle entre la loi et l'acte administratif, c'est que la première constate le droit objectif, tandis que le second crée, dans les limites fixées par la loi, une situation juridique subjective ; autrement dit, la première ne confère qu'un pouvoir ou un devoir objectifs, du second résulte une obligation ou un droit subjectifs.

D'importantes conséquences pratiques se déduisent de la théorie de M. Duguit. La loi ne pouvant être que générale, une disposition individuelle ne saurait avoir un caractère obligatoire, de quelque organe étatique qu'elle émane, si elle n'est l'application d'une loi générale préexistante. Alors même qu'en fait le Parlement aurait voté et le chef de l'Etat promulgué une même disposition spéciale ne satisfaisant pas à cette condition, le juriste devrait la déclarer illégale et arbitraire (1).

Elle n'aurait ni le caractère d'un acte administratif, puisqu'elle ne ferait pas application d'une loi existante, ni celui d'une loi, puisque la règle qu'elle institue ne serait pas la même pour tous ; ce serait donc un acte dictatorial, contraire au droit, car le législateur ne peut déroger au droit, même par mesure d'exception.

par les modifications de la sphère juridique individuelle qui en résultent, reviennent ainsi par voie indirecte à la théorie du droit naturel. Car, si l'on remonte à la première loi, pour qu'elle ait modifié la sphère juridique de l'individu, il faut supposer à l'individu des droits antérieurs à toute loi et qui lui appartenait en tant qu'individu.

(1) « On invoque souvent la raison d'Etat, dit M. Duguit. Il n'y a pas de raison d'Etat dans un pays libre. Il est étrange qu'à une époque si fière de sa civilisation, on parle encore de cette chose barbare, la raison d'Etat. » *Op. cit.*, p. 521, 522.

Dira-t-on que la loi ne saura tout prévoir ? Cette raison est sans valeur : la loi est obligatoire pour tous ; elle doit être pour tous une limite infranchissable ; faute de quoi elle n'offre plus qu'une garantie illusoire (1).

Si séduisante que puisse paraître la théorie de M. Duguit, elle a pour base certaines thèses qu'il est difficile d'admettre.

Toute loi, dit-il, est la constatation par les gouvernants d'une règle de droit objectif conforme à la solidarité sociale. — Or ne reconnaît-il pas ailleurs, que « partout et dans tous les temps, les plus forts matériellement, religieusement, économiquement, moralement, intellectuellement et numériquement ont voulu imposer et ont imposé en fait leur volonté aux autres (2) » ?

Ces deux propositions semblent difficilement conciliables. Que la loi ait toujours constaté une règle de droit, nous le reconnaissons volontiers ; mais que cette règle ait toujours été conforme à la solidarité sociale, c'est bien incertain. On ne voit pas, en effet, pourquoi « les plus forts » se seraient inspirés de cette solidarité plutôt que de leur intérêt propre ; ni par quelle heureuse harmonie cet intérêt des gouvernants, si « bien entendu » qu'on le suppose, aurait coïncidé avec celui des gouvernés (3).

(1) *Ibidem*, pp. 532, 533 et sq.

(2) *Ibidem*, p. 243.

(3) M. Duguit raisonne ainsi, par exemple : l'intérêt des ouvriers est

Ces deux intérêts paraissent être, en réalité, bien plutôt contraires que solidaires : l'intérêt primordial des gouvernants est de conserver leur situation privilégiée et par suite d'affaiblir assez les gouvernés pour les empêcher de sortir de leur état inférieur et subordonné.

Aussi est-il peu conforme à la nature des choses et bien artificiel de dénier à des règles juridiques générales le caractère de lois, par cela seul qu'elles ne furent pas d'accord avec la solidarité telle qu'elle pouvait être conçue à l'époque où on les établit.

Autrement dit, la notion de loi que M. Duguit nous propose d'admettre, est l'expression d'un vœu, l'image d'un idéal, bien plutôt qu'une définition de la loi positive. Sans doute celle-ci devrait être, mais elle n'est pas toujours l'expression d'une règle de droit conforme à la solidarité sociale.

D'où il résulte qu'une disposition législative dérogeant par mesure exceptionnelle et spéciale à une loi générale n'aura pas nécessairement un caractère arbitraire, inique et illicite comme le soutient M. Duguit : peut-être, au contraire, la solidarité sociale en sera-t-elle mieux respectée, que si la loi générale eût été purement et simplement appliquée à ce cas particulier.

de ne pas trop augmenter leur salaire, sinon les patrons ne pourront plus continuer d'exercer leur industrie ; donc les intérêts des ouvriers et ceux des patrons sont solidaires.— A cela près cependant, que l'intérêt des ouvriers est d'augmenter leur salaire jusqu'au point où ils mettraient les patrons dans l'impossibilité d'exercer leur industrie, tandis qu'au contraire celui des patrons est de réduire ces salaires jusqu'au point où ils seraient trop faibles pour que les ouvriers pussent continuer à louer leur travail.

CONCLUSIONS THÉORIQUES

Parmi les théories qui se préoccupent de la nature intrinsèque de la loi, les unes prétendent que la loi se distingue de l'ordonnance par son caractère de généralité ; d'autres veulent que la loi ait en propre une force obligatoire plus grande ; d'autres encore soutiennent que la loi seule doit être regardée comme l'expression solennelle de la volonté souveraine ; d'autres enfin reconnaissent la loi au changement qu'elle introduit dans la sphère juridique de l'individu.

Mais certaines ordonnances peuvent égaler ou dépasser en généralité certaines lois. Observer que la loi est douée d'une force obligatoire plus grande que l'ordonnance, revient à dire qu'une ordonnance ne saurait prévaloir contre une loi. Cela n'est pas contestable, ni contesté, même dans les pays ignorant la séparation des pouvoirs. Mais cette considération ne touche pas à l'essence même des actes que l'on veut opposer. Si la loi l'emporte nécessairement sur une ordonnance qui la contredirait, il y faut voir un effet des conditions mêmes de son élaboration, en d'autres termes, une conséquence de la forme de la loi et non de son essence.

Quant à la volonté souveraine, elle trouve son expres-

sion aussi bien dans l'ordonnance que dans la loi ; dans la première, elle est simplement plus proche de son exécution, que dans la seconde. Dira-t-on qu'elle s'exprime plus « solennellement » dans la loi que dans l'ordonnance ? Comme pour la distinction précédemment rejetée, nous objecterons que c'est là une question de forme et non de fond.

Si nous négligeons toute considération se rattachant à la forme de la loi et de l'ordonnance, il semble, comme le pense Jellinek, qu'on ne puisse les différencier réellement que par leur destination immédiate.

La destination propre de la loi paraît bien être le but le plus important qui se propose à la volonté souveraine : formuler le droit même, en d'autres termes, édicter les règles juridiques auxquelles seront soumises les personnes dans leurs rapports entre elles, avec l'Etat et avec les choses. C'est ce qu'on pourrait dire en ces termes : la loi, par opposition à l'ordonnance, est l'acte par lequel la puissance publique exprime une règle de droit nouvelle, modifie, développe ou consacre (1) les règles de droit antérieurement admises.

La loi existant, il reste souvent à l'adapter aux détails de la réalité, à en organiser l'application, bref à la faire exécuter ; telle paraît être la destination particulière de l'ordonnance, que l'on pourrait définir : l'acte de la puis-

(1) Il ne semble pas en effet qu'on puisse dénier le caractère de loi réelle à l'acte de la volonté souveraine qui enregistre une coutume pré-existante.

sance publique, qui réglemente par voie générale l'application des lois ou qui statue par mesure spéciale sur les cas particuliers.

Toutefois, à cette distinction réelle il convient de juxtaposer une distinction formelle. Au point de vue formel, lorsqu'on désigne un acte de la puissance publique par le terme de « loi » ou par celui « d'ordonnance », on fait allusion à l'autorité qui l'a élaboré, la forme légale ou ordonnantielle n'étant autre chose que la marque laissée sur l'acte par cette autorité. Or il n'arrive jamais, en fait, que l'autorité, chargée par exemple de faire les lois, borne son activité à l'élaboration de lois proprement dites, de lois réelles, répondant à la définition que nous venons de donner. Elle fait encore, pour des raisons que nous verrons, des actes d'autre nature, quoique de forme identique. Il n'y a donc pas entre la loi « réelle » et la loi « formelle » cette concordance parfaite à laquelle on pourrait s'attendre. D'où la nécessité de définir la loi et l'ordonnance au point de vue formel, après avoir dit ce qu'elles étaient réellement.

A cet égard on devra dire : est loi tout acte de la puissance publique émanant de l'organe investi de la mission de légiférer par le droit public en vigueur ; est ordonnance tout acte de la puissance publique émanant de l'organe investi par ce même droit public de la mission de réglementer l'application des lois.

Cette définition au point de vue formel n'est rien de plus qu'une description de l'aspect extérieur commun à

des actes, dont le procédure d'élaboration est la même ; à l'identité purement extérieure qu'elle enregistre ne répond nécessairement aucune identité essentielle.

Nous croyons avoir suffisamment établi que la distinction réelle entre la loi et l'ordonnance, telles que nous les avons définies, répond à la nature même des choses. Mais y a-t-il un intérêt positif de quelque importance à ce que cette distinction réelle se traduise dans la pratique par l'observation rigoureuse des deux modes différents d'élaboration adoptés pour ces deux sortes d'actes ?

En d'autres termes, la non-concordance de fait que nous signalions plus haut entre la notion réelle et la notion formelle de la loi ou de l'ordonnance, est-elle admissible, justifiable, voire même nécessaire dans certains cas ; entraîne-t-elle des inconvénients, n'exige-t-elle pas une limitation ?

Examiner cette question revient à mesurer l'importance effective de la distinction que nous avons étudiée ; cette importance ressortira mieux, si, aux pays ignorant la séparation des pouvoirs, nous opposons ceux qui la connaissent. Il conviendra, en outre, de considérer dans les uns et les autres d'abord le cas où la forme de la loi est donnée à des actes qui ne sont en réalité que des ordonnances, puis le cas inverse, où la forme des simples ordonnances est appliquée à des lois véritables.

Sous un régime ayant pour base la séparation des pouvoirs, il arrive que le pouvoir législatif, débordant ce qui

paraît être sa fonction essentielle, — faire des lois réelles; — prenne lui-même des dispositions qui sont au fond des ordonnances. Cela se produit pour tels actes, qu'à raison de leur importance particulière la constitution même veut entourer des garanties plus grandes de respect de la volonté nationale, qu'assure l'élaboration par le législateur : de ce nombre sont, par exemple, la déclaration de guerre, l'établissement du budget. Dans maint autre cas, sans qu'il soit besoin d'une attribution constitutionnelle particulière, on voit le législateur revendiquer pour lui-même le droit d'élaborer des actes, qui, par leur nature, devraient être la matière d'ordonnances, mais qui semblent trop graves cependant pour qu'on laisse à l'exécutif le soin de les faire sous sa responsabilité.

Dans la mesure où de semblables pratiques ne restreignent pas à l'excès la liberté limitée indispensable au bon fonctionnement du pouvoir exécutif, elles doivent être admises, puisqu'elles assurent l'exécution plus stricte des volontés du peuple souverain.

Que penser de la pratique opposée, des lois réelles prenant la forme d'ordonnances ?

On ne peut méconnaître que, dans l'Etat moderne, l'extension et la complication de la tâche gouvernementale et administrative ne rendent parfois très utile au pays la faculté pour l'exécutif de poser par voie d'ordonnance une règle de droit. Mais cette faculté ne peut se concevoir que très étroitement limitée : toute loi réelle ne saurait prendre la forme d'une ordonnance, mais celle-là

seulement qui se borne à développer des règles juridiques préexistantes, c'est-à-dire à en déduire d'autres règles juridiques qui en soient les simples corollaires et qui en respectent à la fois la lettre et l'esprit.

Sur quelles garanties est-il permis de compter pour assurer le respect de cette limitation et de la subordination indispensable de l'ordonnance aux lois ? Comment empêcher qu'en fait elle ne les abroge ou les modifie, qu'elle ne les suspende ou dispense de leur application, voire même qu'elle n'en donne une interprétation obligatoire, moyen détourné parfois de trahir les intentions du législateur ?

On peut concevoir diverses sortes de contrôle : le contrôle direct qui s'exerce sur l'ordonnance même, le contrôle indirect qui porte sur les mesures prises en exécution de l'ordonnance.

De la première sorte est le contrôle du Parlement.

Certains auteurs, Korkounoff par exemple, affectent d'en faire peu de cas ; ils allèguent les raisons politiques qui pourraient entraver l'exercice de ce contrôle : la majorité qui soutient un ministère, disent-ils, n'ira pas le renverser par cela seul qu'une de ses ordonnances contredira la législation en vigueur. Comment s'attendre à ce qu'elle contrôle strictement la forme d'actes dont elle approuvera le fond ?

Il nous semble, au contraire, qu'une semblable tolérance créerait un précédent si dangereux pour les liber-

tés publiques, qu'aucune majorité n'oserait le couvrir de son adhésion tacite.

Lorsque le contrôle de la légalité des ordonnances est confié aux tribunaux judiciaires, il a nécessairement le caractère d'un contrôle indirect, puisqu'il ne saurait s'exercer qu'à l'occasion de cas particuliers d'application de l'ordonnance et qu'il laissera subsister l'ordonnance même, malgré son illégalité. Ce contrôle, dans les pays qui connaissent la séparation des pouvoirs, ne sera pas sans efficacité : car, dans ces pays, il est permis, sinon d'affirmer l'indépendance des tribunaux à l'égard du pouvoir exécutif, du moins de la présumer.

Du contrôle par les tribunaux judiciaires il convient de rapprocher le contrôle par les tribunaux administratifs (1). Ce contrôle s'exercera ordinairement d'une manière directe sur l'ordonnance même et pourra être sanctionné par son annulation ; comme le précédent, il sera efficace dans la mesure de l'indépendance réelle des magistrats qui l'exerceront.

Enfin on ne saurait omettre le contrôle de l'opinion, dans les cas où le développement des libertés publiques permet à cette opinion de s'éclairer et de se manifes-

(1) En Prusse, les tribunaux administratifs, comme les tribunaux judiciaires, n'ont qu'un droit de contrôle indirect : les ordonnances du roi (art. 106, Constitution de Prusse) légalement promulguées sont obligatoires et ne peuvent être contrôlées que par le Parlement. En Russie, les lois reconnaissent au Sénat le droit de contrôler les mesures prises par les autorités locales. En France, le Conseil d'Etat a le droit, en cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir, d'apprécier le décret même.

ter. L'histoire a montré combien ce contrôle pouvait être efficace.

Dans les pays qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs, il se présente des cas où la forme de la loi revêt des dispositions qui, par leur nature, sont des ordonnances proprement dites. C'est, le plus souvent, que leur gravité particulière ou la difficulté inhérente à leur élaboration ont déterminé le souverain à les faire préparer par des organes qu'il charge habituellement de la préparation des lois.

Pour des raisons analogues à celles qui nous ont fait apparaître comme désirable, dans les pays qui connaissent la séparation des pouvoirs, la généralisation d'une semblable pratique, nous croyons utile qu'elle devienne fréquente, même dans les pays qui ignorent cette séparation. Elle ne peut en effet que contribuer à renforcer la tradition de la participation d'organes distincts de la personne du souverain et de ses ministres à l'œuvre législative.

Il va de soi que le monarque absolu se laissera aisément aller à la tentation de prendre sous forme de simple ordonnance telle décision, qui est une loi réelle, pour affranchir sa volonté souveraine de formalités dont l'appareil lui semble gênant dans un cas donné.

Les circonstances ne peuvent manquer d'être nombreuses, où il ne lui convient pas de soumettre telle manifestation de son bon plaisir à la délibération de

conseillers, si servile que puisse être leur soumission.

Les considérations d'utilité pratique, et en particulier de rapidité plus grande, qui paraissent justifier, sous un régime de séparation des pouvoirs, la promulgation en forme d'ordonnance de certaines règles juridiques, perdent ici toute valeur : l'élaboration d'une loi se réduit en effet, sous un régime autocratique, à d'assez simples formalités, dont le monarque est maître de hâter à son gré l'achèvement. Il ne reste donc pour en motiver la suppression, que le principe même du régime : le droit pour le monarque de vouloir ce qui lui plaît.

L'idée d'absolutisme autocratique, qui est la base d'un tel régime, n'est-elle pas incompatible avec le concept d'une limitation du droit pour le monarque de poser des règles juridiques sous forme d'ordonnance ?

Il ne le semble pas, car pour avoir posé lui-même des bornes à sa propre autorité, — bornes qu'à tout instant il dépend de lui d'anéantir, — le monarque n'en demeure pas moins absolu.

Or, même dans les monarchies absolues, la différence de nature entre la loi et l'ordonnance est reconnue par le souverain, puisqu'il juge indispensable d'instituer pour l'élaboration de la loi une procédure spéciale. Consacrer ainsi cette différence de nature, c'est admettre la limitation du domaine de l'ordonnance formelle, qui n'en est qu'une conséquence nécessaire. C'est dire que, même en l'absence de la séparation des pouvoirs, seules les

règles de droit qui sont les simples corollaires d'autres règles de droit posées sous forme de loi, devraient être la matière d'ordonnances.

Mais peut-on concevoir que des garanties assurent le respect de cette limitation ?

Il en est une première, purement négative : l'absence de tout intérêt pour le monarque d'enfreindre cette limitation, puisque, de toute façon, il a la certitude de faire prévaloir sa volonté. Mais une telle garantie est à la merci d'un simple caprice du souverain.

L'organisation d'un contrôle judiciaire de la légalité des ordonnances par les tribunaux judiciaires ou administratifs, peut se rencontrer sous le régime autocratique absolu; garantie presque aussi précaire que la précédente, puisqu'alors même que le contrôle sera exercé, en fait, il le sera bien rarement par des magistrats indépendants.

Quant au contrôle de l'opinion publique, il n'aura guère la possibilité de s'exercer que si des circonstances particulièrement favorables, affaiblissant momentanément l'autorité du monarque sur ses sujets, donnent à ceux-ci l'occasion de manifester certaines exigences.

De l'examen de la différence entre la loi et l'ordonnance dans les pays où les pouvoirs ne sont pas séparés, il nous paraît résulter cette première conséquence, que la distinction entre la loi réelle et l'ordonnance réelle n'est pas moins vraie pour ces pays que pour les autres. Cette distinction réelle est en effet relative à l'objet de ces deux catégories d'actes souverains et non à leur source.

Qu'importe dès lors, qu'au lieu d'émaner de sources différentes ils proviennent d'une source unique ?

Mais que penser de la différence formelle ? La fragilité des quelques garanties qui en assurent le respect ne la rend-elle pas si précaire, qu'elle perde tout intérêt ?

Nous ne le pensons pas. Alors même que la distinction formelle établie par le souverain ne concorderait pas exactement avec la distinction réelle des actes ainsi différenciés, il nous semble y avoir un intérêt particulier à ce qu'elle soit plus rigoureusement déterminée dans les pays où les pouvoirs sont confondus.

Dans les pays où ils sont séparés, cette séparation même prouve que la distinction formelle entre la loi et l'ordonnance est en quelque sorte incorporée à la constitution politique. Elle est donc vraisemblablement aussi profondément entrée dans les mœurs publiques du pays. Au contraire, là où n'existe à aucun degré la séparation des pouvoirs, le respect des formalités qui distinguent extérieurement la loi de l'ordonnance est un des rares moyens d'accoutumer l'esprit public à concevoir la nécessité d'entourer l'élaboration de la loi de garanties toutes particulières.

D'autre part, les organes que le souverain charge de remplir ces formalités, par cela seul qu'elles seront régulièrement observées s'habitueront, avec le temps, à voir en elles des traditions, dont la durée même impose le respect et démontre l'importance.

Or, l'exemple du Parlement sous la monarchie de l'an-

cienne France prouve quelle aide puissante de semblables traditions peuvent apporter à des hommes hardis, luttant dans l'intérêt public contre l'arbitraire.

Il est donc important pour le progrès des institutions politiques, que la distinction formelle de la loi et de l'ordonnance soit respectée pour elle-même, c'est-à-dire alors même que les actes auxquels le souverain a résolu de donner la forme de loi ou celle d'ordonnance, ne seraient pas tous des lois réelles ou des ordonnances réelles. Mais s'il est vrai qu'entre la loi et l'ordonnance il y ait une différence de nature telle que celle que nous avons formulée, il y a lieu de penser que cette différence naturelle, par son action constante, tendra à s'exprimer de plus en plus exactement dans la différence formelle. En d'autres termes, une sorte d'attraction s'exercera du contenu sur le contenant. Cette évolution ne manquera pas d'être secondée par l'effort du peuple vers son affranchissement ; car la définition que nous avons donnée de la loi réelle comprend tous les actes qui réglementent les plus importantes parmi les relations sociales sur lesquelles il appartienne au souverain de statuer. Ce sont donc ces actes auxquels le peuple voudra le plus énergiquement assurer les garanties inhérentes à la forme de la loi. C'est leur importance capitale pour son bien-être, qui le poussera à demander de plus en plus impérieusement le développement de ces garanties, qui n'est autre que celui des libertés publiques elles-mêmes.

La distinction réelle entre la loi et l'ordonnance nous apparaît donc comme une des raisons d'être de la séparation des pouvoirs, comme une des forces qui tendent à la réaliser.

DEUXIÈME PARTIE

LA LOI ET L'OUKASE EN RUSSIE.

Nous avons dit plus haut (1) pour quelle cause il nous paraissait bon de choisir la Russie afin d'y observer comment peuvent, en fait, se distinguer la loi de l'ordonnance sous la monarchie absolue. Il semble nécessaire de rappeler d'abord sommairement ce que fut l'histoire de la souveraineté absolue dans ce pays.

A cet égard, on a divisé (2) l'histoire russe en deux périodes : durant la première, que l'historien Sergueïewitch a nommée « période de la prédominance de l'autonomie individuelle », l'État est à peine constitué, l'idée de l'État à peine discernée et les devoirs des individus envers lui pour ainsi dire nuls. Pendant la seconde période, — dite « période de la prépondérance de l'État » —, les droits individuels vont diminuant sans cesse au profit de l'État, que l'intelligence obscure et à peine développée du peuple identifie avec la personne du souverain. Cette division nous semble logique et nous l'adoptons.

On concevra qu'il soit impossible d'établir une corres-

(1) V. p. 3.

(2) Sergueïewitch, *Leçons et recherches sur l'histoire du droit russe*, St-Pétersbourg, 1883, p. 53.

pondance rigoureuse entre cette division abstraite et des dates précises : certains traits caractéristiques de la seconde période apparaissent bien avant la fin de la première, de même que des survivances de celle-ci se manifestent longtemps après.

Toutefois, on peut dire approximativement que la première période a duré jusqu'au commencement du XIV^e siècle, le XIV^e et le XV^e siècles étant une époque de transition ; et que l'idée de l'État grandit à partir du XVI^e siècle.

CHAPITRE PREMIER

PÉRIODE DE LA PRÉDOMINANCE DE L'AUTONOMIE INDIVIDUELLE.

§ 1^{er}. — Le Prince.

L'origine du pouvoir du prince russe est antérieure aux débuts de l'époque historique ; il en est fait mention dans les monuments historiques les plus anciens : ils nous apprennent notamment, que, dans les cérémonies matrimoniales, on donnait le nom de « prince » et de « princesse » aux nouveaux mariés qui allaient devenir les auteurs d'une famille. Le pouvoir du prince apparaissait comme un élément indispensable de l'organisation politique de l'Etat russe. Jamais aucune des terres russes n'avait pu concevoir son existence sans prince (1). C'est ainsi qu'en 862, la famille régnante s'étant éteinte, les Russes, incapables de se gouverner eux-mêmes ou de choisir un chef parmi eux, en envoyèrent demander un aux Varègues en leur disant : « Notre terre est grande et fertile, mais le désordre y règne. Venez nous dominer et nous gouverner (2). »

(1) Sauf Viatka, dont l'organisation est peu connue.

(2) Sept siècles plus tard le peuple russe ne craignait guère moins de se voir privé d'un maître ; et Ivan le Terrible lui faisait accepter

Si un prince leur semblait indispensable à l'origine, c'est qu'il était non seulement leur chef militaire à une époque de guerres incessantes, mais aussi l'administrateur du pays et surtout leur juge.

Les sources ne nous permettent pas de préciser le mode prépondérant d'accession au trône dans l'ancienne Russie. Tantôt le prince était élu, tantôt il héritait du trône, tantôt enfin l'élection intervenait pour confirmer le droit héréditaire : le prince que la coutume destinait au trône cherchait dans l'élection par le peuple la consolidation de son pouvoir. Il arrivait fréquemment que le peuple ainsi appelé à se prononcer, manifestât autant d'indépendance que de ténacité dans l'affirmation de ses préférences (1). Vers le milieu du XII^e siècle, le principe de l'élection l'emporta sur celui de la succession au trône ; mais ce dernier mode ne fut complètement écarté qu'à Nowgorod et à Pskow.

Les annales nous révèlent ce caractère de la souveraineté des princes russes, qu'elle se divisait entre tous les membres mâles et majeurs de la famille princière. Tous les fils majeurs du même prince y participaient, soit qu'ils l'exercassent conjointement, soit qu'elle fit entre eux l'objet d'un partage territorial.

C'est ce dernier système qui avait prévalu vers le

toutes les ignominies qui marquèrent son règne en le menaçant de l'abandonner à lui-même et de renoncer au trône.

(1) V. les exemples dans Vladimirsky-Boudanow. *Aperçu de l'histoire du droit russe*, Kiew, 1888.

X^e siècle et qu'on a nommé « *Oudielnaïa Systiéma* » (système du partage ou des apanages) (1).

Le partage de la souveraineté entre les princes favorisa la naissance et le développement des sentiments particularistes et fit longtemps obstacle à l'établissement de l'unité russe par les guerres incessantes qu'il provoqua.

Le prince russe avait la jouissance de tous les pouvoirs ; mais il n'en jouissait pas librement et il n'en jouissait pas seul. L'ancienne Russie ne connaissait aucune séparation des pouvoirs : tous appartenaient concurremment à plusieurs organes distincts. Il existait en effet, à côté du prince, deux institutions qui le complétaient en quelque sorte : *le Vietché* et *la Boyarskaïa Douma*.

Certains auteurs (2) prétendent néanmoins que le pouvoir du prince à cette époque avait un caractère absolu, dont ils donnent une double explication : en premier lieu il fut, à l'origine, un pouvoir familial ; d'autre part, les intérêts du prince et ceux du peuple étaient identiques ; et le peuple, qui se réservait d'élire le prince qui lui plaisait et de le détrôner quand il avait cessé de lui plaire, n'avait aucun motif de restreindre les pouvoirs dont il l'investissait.

Il nous semble cependant que le pouvoir du prince,

(1) Le mot russe « Oudiel » signifie à la fois « part » et « sort ». C'est dans ce double sens qu'était aussi employée à l'époque franque l'expression « sors » (sortes barbaricæ).

(2) Notamment Wladimirsky-Boudanow, *op. cit.*, p. 41 et sq.

ayant sa source dans la volonté souveraine du peuple, à laquelle le droit de révocation *ad nutum* assurait le plus efficace des contrôles, ne saurait, quelle qu'ait été son étendue, être qualifié d'absolu. On ne saurait méconnaître la différence essentielle qui distingue le pouvoir du prince, tel que le connaissait l'ancienne Russie, du pouvoir monarchique de la seconde période : le prince avait bien la plénitude de la souveraineté, mais à la condition qu'il y eût accord entre sa volonté et celle du peuple. Toutes les conditions matérielles ou morales, nécessaires à la naissance d'un pouvoir réellement absolu, faisaient défaut dans l'ancienne Russie : le souverain ne disposait d'aucune force sur laquelle il pût s'appuyer, il n'avait ni armée permanente, ni fonctionnaires, ni serviteurs attachés irrévocablement à sa personne. A l'inverse de ce qui eut lieu dans l'Europe occidentale à l'époque féodale, aucun lien territorial, aucun lien personnel n'existait entre le peuple et lui. Il dépendait de la libre volonté des hommes qui l'avaient élu, d'accepter son service ou de s'y soustraire. La division du pays en principautés leur permettait de passer à leur gré de la souveraineté de l'un sous celle de l'autre. Si le prince voulait garder ses sujets et les empêcher de l'abandonner pour un prince voisin, il devait s'efforcer de leur plaire ou tout au moins de ne pas les mécontenter ; c'est à s'attacher irrévocablement tous les hommes à leur service, que nous voyons tendre, dès l'époque la plus reculée, les efforts constants des princes.

Le contrat solennel qui intervenait entre le prince et le peuple lors de son avènement au trône, contenait à côté du serment de fidélité de ses sujets envers lui, un serment de fidélité du prince à son peuple. A l'origine, ce « *Nariad* », — c'était le nom qu'on lui donnait, — ne contenait pas autre chose que cette promesse de fidélité réciproque. C'est plus tard seulement, qu'on y introduisit la stipulation de certaines restrictions au pouvoir du prince. Les « *Nariady* » devinrent d'un usage général vers le milieu du XII^e siècle, c'est-à-dire vers l'époque où l'avènement au trône par l'élection avait décidément prévalu sur l'avènement par droit d'hérédité. On s'explique aisément cette coïncidence : il était facile au peuple de n'offrir le pouvoir au prince que sous certaines conditions. C'est surtout à Nowgorod-la-Grande, où les tendances libérales de la population s'étaient manifestées d'une façon toute particulière, que le pouvoir du prince subit d'importantes restrictions.

§ 2. — Le Vietché.

Nous avons dit que, pendant la première période, le pouvoir souverain n'était pas concentré entre les mains du prince, qu'il était exercé conjointement par lui et par le peuple. Les assemblées du peuple se réunissant pour faire acte de souverain, se nommaient « *Vietché* ».

Il ne faudrait pas croire que la souveraineté de ces assemblées compromit la liberté individuelle plus que celle du prince : le Russe, durant cette première période,

est aussi libre vis-à-vis du *Vietché* qu'à l'égard du prince. C'était un droit, pour lui, de participer à l'assemblée et non une obligation. De même, il était libre de ne tenir aucun compte des décisions du *Vietché*. La volonté de la majorité ne liait nullement en droit la minorité, bien qu'en fait elle lui fût souvent imposée par la force.

Le pouvoir du *Vietché* a une origine préhistorique comme le pouvoir du prince. Tout fait présumer que l'apparition du *Vietché* ne fut pas l'effet d'un ordre émané de quelque prince, mais que cette institution, de caractère coutumier, naquit spontanément. Des auteurs du VI^e siècle, tels que Prokopius, parlent des réunions de citoyens ayant pour objet la discussion des affaires publiques. Un chroniqueur russe du XII^e siècle nous indique certaines villes et des faubourgs connus de lui, dans lesquels s'assemblait à son époque le *Vietché* (1). Des documents officiels parlent de la participation du peuple aux affaires publiques dès le X^e siècle (2).

On pratiquait le *Vietché*, dit en substance Sergueiévitch, non que ce fût la meilleure forme d'assemblée populaire, mais parce qu'à l'origine tout homme portait en lui la conscience de son droit de diriger ses affaires à son gré ; et parce qu'à cette époque les affaires de l'Etat

(1) L'institution du *Vietché* est particulière à Nowgorod, Smolensk, Kiew, Polotzk ; c'est une institution commune à tous les *Volostes*. On la rencontre aussi dans le faubourg de Wladimir (Lawrow et Souzd, 1176).

(2) Voir le traité d'Olègue et d'Igor avec les Grecs.

n'étaient guère distinctes de celles des particuliers (1).

Le *Vietché* d'une ville comprenait tous les hommes libres jouissant de leurs droits qui s'y trouvaient présents au moment de la réunion. Les fils de famille représentés par leur père en était exclus. Les chroniques nous apprennent qu'il n'était fait aucune distinction selon le rang ou la classe. Les princes et les Boyards y assistaient ordinairement. Le plus souvent c'était eux qui dirigeaient les débats (2).

Lorsqu'une difficulté quelconque s'élevait touchant les affaires publiques, les membres du *Vietché* étaient convoqués au son de la cloche ou par messenger. Ces convocations, le peuple ou les Boyards, aussi bien que les

(1) Sergueïéwitch, « *Vietché i Kniaz* » (*Les antiquités juridiques russes*). L'Etat n'est pas né avec la conscience de sa fin précise, s'opposant à celle des éléments qui le constituaient ou s'en différenciaient. Ces éléments constitutifs n'opposaient pas non plus à leurs propres intérêts les intérêts de l'Etat. C'est à ce moment de l'histoire du développement des sociétés humaines, qu'appartient l'apparition de cette forme de la vie sociale qu'est le *Vietché*... Cette forme doit se rencontrer chez tous les peuples, parce que tous ont passé par une période où le social ne se distinguait pas de l'individuel. C'est ce qu'établit le droit comparé (p. 51, 52).

(2) Vladimirsky-Boudanow conclut de leur présence au *Vietché*, que cet organe de la puissance publique, en dépit de sa composition principalement populaire, n'est pas l'organe de la puissance d'une seule classe, de la plus basse : il absorbe en lui les deux autres éléments de la souveraineté ; c'est la puissance commune à tout le pays (*obchtchézemskaïa vlast*). Cette forme de la puissance publique tirait sa raison d'être, non d'une idée de lutte avec les deux autres (l'idée de lutte étant étrangère au droit public russe), mais d'une idée d'unité : la solution des affaires du pays par la volonté concordante du prince, des boyards et du peuple (Vladimirsky-Boudanow, *op. cit.*, p. 51, 52).

princes, pouvaient en prendre l'initiative (1). On ignore si elles avaient un caractère de périodicité.

Aucun acte écrit ne précisait la compétence du *Vietché*. Comme celle du prince et de la *Bojarskaïa Douma*, elle s'étendait à toutes les affaires de l'Etat, dans les domaines de la politique extérieure, de l'administration ou de la juridiction.

L'attribution principale du *Vietché* était l'élection du prince au trône. Du XI^e au XIII^e siècle, le prince fut presque toujours nommé par le peuple ; il arrivait que des princes s'imposassent par la violence en s'appuyant sur une force armée ; mais ce n'étaient que des violations du droit qu'avait le peuple de désigner librement son prince ; et ce droit n'en subsistait pas moins. Il convient d'en rapprocher celui de mettre le prince en accusation et de le juger. Sa déposition à la suite d'un pareil jugement n'est pas un acte séditieux, mais un acte de la justice régulière.

Depuis les temps les plus reculés, le *Vietché* avait à se prononcer sur les questions de guerre et de paix. On le conçoit aisément, si l'on se souvient que le prince ne dispose à cette époque d'aucune force armée permanente et qu'il n'a d'autre moyen que la persuasion pour amener à le suivre ses guerriers, dont la réunion est le *Vietché* même.

Il est probable qu'à l'origine le *Vietché* ne participait

(1) *Ipatiewski Spisok Lietopissi*.

pas à l'œuvre législative : la législation, d'ailleurs très rudimentaire à cette époque, était de nature essentiellement coutumière. En Russie les rapports des particuliers, non seulement au XII^e, mais jusqu'au XIV^e et au XV^e siècles, étaient réglés soit par les contrats privés, qui pouvaient avoir pour objet même la liberté individuelle, soit par la pratique judiciaire ou administrative.

En matière criminelle, le principe d'indépendance individuelle, qui caractérise notre période, est prédominant : le crime n'est pas connu comme une infraction à la loi, mais comme un fait qui porte préjudice à l'individu. De même l'idée de l'État est encore trop faible pour qu'on ait la notion des crimes d'État.

La « *Rousskaïa Prawda* », document juridique du XI^e siècle, ne porte aucune trace de la participation du *Vietché* à la législation. Ce n'est que plus tard, et notamment à Nowgorod et à Pskow, que la législation devint surtout l'œuvre des *Vietchés*.

L'époque de la pleine activité des *Vietchés* doit se placer entre le XI^e et le XIII^e siècles. Le *Vietché* tirait toute sa force de la faiblesse du prince, qui ne pouvait à cette époque trouver d'autre appui que le peuple même. Cette institution était donc appelée à s'affaiblir et à disparaître, lorsque les circonstances permettraient au prince de donner une autre base à son autorité.

Une des causes principales de l'affaiblissement des *Vietchés* fut la conquête de la Russie par les Tartares. Les Khans tartares se regardaient comme les maîtres du

pays conquis et disposaient à leur gré des principautés, les attribuant à qui leur plaisait. La conquête, tout en asservissant le prince au Khan, l'avait libéré de sa dépendance à l'égard du peuple. Le prince, comme le Khan, étaient désormais assez forts pour ne plus admettre le peuple à discuter une volonté qu'ils pouvaient lui imposer. D'ailleurs les razzias continuelles des Tartares et les tributs qu'ils imposaient à la population, l'avaient tellement affaiblie, qu'elle ne songeait plus guère à la discussion des affaires publiques. Le rapport étroit de la décadence des *Vietchés* avec la conquête tartare est confirmé par ce fait, que, dans les régions qui eurent le moins à souffrir de cette invasion (telles que celles de Nowgorod, Polotzk et Viatka) (1), l'activité des *Vietchés* se prolongea jusqu'au XIV^e et même au XV^e siècles.

Il convient de remarquer, en outre, que peu à peu se groupait autour du prince une classe de serviteurs et de fonctionnaires qu'il s'attachait par des dons de terres et par d'autres bienfaits, afin de pouvoir compter sur leur appui le cas échéant.

Enfin l'unification de la Russie, qui se préparait depuis le prince Dmitri Donskoï, mit un obstacle définitif à la participation directe du peuple aux affaires publiques et acheva de rendre inévitable la désuétude des *Vietchés*. Leur disparition s'accomplit sans qu'aucun acte législatif l'eût ordonnée, sans l'intervention d'aucune volonté

(1) A Viatka nous rencontrons encore des assemblées du *Vietché* en 1469, lors de la guerre d'Ivan le Terrible contre Kazan.

consciente. Le *Vietché* cessa de se réunir, parce que sa réunion était devenue sans objet. C'est beaucoup plus tard seulement, alors que l'institution du *Vietché* avait perdu son caractère général, qu'intervinrent des lois pour l'abroger.

§ 3. — La Boyarskaïa Douma.

Ce conseil, qui portait peut-être à l'origine un autre nom, paraît avoir existé de tout temps aux côtés du prince. Tout ce que nous en savons nous est appris par la mention qu'en font accidentellement les chroniques (1).

Le fonctionnement de cet organe de la puissance publique, aussi bien que celui des deux précédents, était un produit de la coutume. C'était un conseil permanent, composé des « *Boyards* », qu'on nommait aussi « *les meilleurs hommes de la Droujina* », et des membres du haut clergé. La *Droujina* (2) comprenait tous les hommes groupés autour du prince pour guerroyer avec lui, prendre leur part du butin et des fêtes qui suivaient les victoires (3). Par suite du caractère patriarcal des mœurs de cette époque, les « *Droujinniki* » (membres de la *Droujina*) étaient tout autant les camarades du prince que ses serviteurs.

(1) Sergueïéwitch, *Leçons et recherches sur le droit russe*, 1883, p. 381.

(2) Cf. la « *truste* » des monarques francs.

(3) Lorsque les annales disent que St-Wladimir et Wladimir Monomakh aimaient à consulter leur *Droujina* à toute occasion, elles ont en vue non pas la *Droujina* tout entière, mais seulement ses membres les plus élevés, les *Boyards*.

Le nombre des membres composant la *Boyarskaïa Douma* n'était pas fixe. On ne saurait même dire exactement quelles causes le déterminaient. De qui dépendait la composition de la *Boyarskaïa Douma*? Il y a controverse sur ce point. Selon Sergueiévitch (1), le prince invitait à s'assembler ceux des *Boyards* qu'il voulait consulter. Pétrowsky (2) pense même que la composition de la *Boyarskaïa Douma* était essentiellement arbitraire et qu'il dépendait du prince d'inviter qui bon lui semblait à en faire partie. Wladimirsky-Boudanow (3) est au contraire d'avis, qu'il y avait pour les *Boyards* un droit acquis à y figurer : si le prince y convoquait d'autres membres des *Boyards*, il s'écarterait de la coutume.

Existait-il pour la *Boyarskaïa Douma* un droit à être consultée dans des circonstances données? Telle n'est pas l'opinion de Pétrowsky. Nulle part, d'après lui, le caractère essentiellement individuel des rapports sociaux ne se manifeste avec plus d'évidence que dans la *Boyarskaïa Douma*. Il n'y a pas de relation entre le prince et ce conseil considéré dans son ensemble. Il n'y a de lien qu'entre le prince et chacun des membres qu'il appelle dans la *Douma*, individuellement considéré. Pétrowsky se refuse même à voir en elle un organe de gouvernement, car il ne lui reconnaît ni fonctions, ni devoirs

(1) Sergueiévitch, *Leçons et recherches sur l'histoire du droit russe*, p. 381.

(2) Pétrowsky, *Le sénat du temps de Pierre-le-Grand*, Introduction.

(3) Wladimirsky-Boudanow, *op. cit.*, p. 44 et sq.

déterminés ; le prince est libre de la consulter ou non et de lui soumettre telle question qui lui plaît.

Wladimirsky-Boudanow (1) combat énergiquement cette théorie. Pour lui « la *Douma* représente un élément constitutif nécessaire de la souveraineté dans chaque terre. » A l'origine, la participation nécessaire de la *Boyarskaïa Douma* à la direction des affaires publiques s'explique par le lien étroit entre le prince et ses *Droujinniki*, qui le suivent partout ; plus tard, elle a sa cause dans l'indépendance et l'autorité plus grandes qu'avait données au conseil des *Boyards* l'introduction d'un élément terrien, représenté par les *Boyards* grands propriétaires fonciers. A l'une ou l'autre époque, le prince ne peut s'abstenir de consulter sa *Douma* ; aussi la voyons-nous, en fait, intervenir chaque fois qu'il s'agit de prendre une décision importante.

Nous nous rallions à cette opinion. Elle est appuyée de l'autorité de Sergueïéwitch (2), qui reconnaît à la *Boyarskaïa Douma* un droit acquis, de par la coutume, à être consultée dans tous les cas graves. Elle nous paraît d'ailleurs s'accorder avec l'esprit très développé d'indépendance et d'autonomie individuelle que manifestaient alors les *Boyards*. Ils ne considéraient pas comme une pure formalité la consultation que la coutume faisait aux princes une obligation de leur demander. Et leur résistance à ses volontés sanctionnait au besoin son mé-

(1) Wladimirsky-Boudanow, *op. cit.*, p. 46.

(2) Sergueïéwitch, *Leçons et recherches sur le droit russe*, p. 381.

pris de leur droit de conseil traditionnel. C'est ainsi que les Boyards du prince Wladimir Mstislawowitch lui refusèrent leur aide, parce qu'il avait décidé une campagne sans prendre leur avis. Les chroniques citent de nombreux cas analogues. Leur fréquence se conçoit aisément, toute la puissance du prince résidant dans sa *Droujina*. Le besoin qu'il avait d'eux leur était une force, — élément essentiel à la formation d'un droit et qui devait en entraîner la naissance.

La *Douma* des Boyards discutait généralement, à côté des questions de guerre et de paix, celles d'occupation ou de reddition des villes, celles d'administration intérieure, l'organisation de la justice, la fixation des peines et des amendes, enfin les questions touchant à la religion (1).

La *Rousskaïa Prawda* (2) nous montre que la *Boyarskaïa Douma* participait à la législation. Klutchewsky, dont l'ouvrage « *la Boyarskaïa Douma de l'ancienne Russie* », fait autorité en notre matière, insiste particulièrement sur cette fonction législative.

Toutefois, lorsqu'on parle de lois à cette époque, il faut se souvenir que les actes législatifs n'avaient pas alors ce caractère de généralité qui distingue actuellement les lois. La législation ne consistait pas encore à poser des principes juridiques généraux, ni même à établir une réglementation applicable à la série des cas identiques

(1) En voir des exemples dans Wladimirsky-Boudanow, *op. cit.*, p. 47.

(2) *Rousskaïa Prawda, Troïtzki Spiçok*, 2, 48 ; Karamz. 2, 66.

qui pourraient se présenter. L'ordre gouvernemental et social résultait de règles particulières à chaque cas concret, qui devenaient des précédents et contribuaient à déterminer les décisions à venir. C'est ainsi que les résolutions émanées du prince et de sa *Douma* revêtaient la forme de lettres de privilèges, de justice, de « *gramoty* » (*Jalowannia, soudnia, dokladnia gramoty*). « Ainsi, dit Klutchewsky, l'ordre général se constituait à la façon d'une mosaïque » (1).

Selon Klutchewsky, la *Boyarskaïa Douma* fut, du X^e au XVIII^e siècle, le rouage principal de l'administration tout entière. Elle mettait en mouvement l'ensemble du mécanisme gouvernemental. Si on a pu se méprendre sur l'importance de son rôle et de son activité, c'est qu'elle était en quelque sorte masquée par le prince, son président, et par le *diak*, son rapporteur. En somme, c'était essentiellement une institution législative ; et à aucune époque elle ne fut exclusivement un conseil de gouvernement.

(1) Klutchewsky, *La Boyarskaïa Douma de l'ancienne Russie*, Moscou, 1882, p. 141.

CHAPITRE II

PÉRIODE DE LA PRÉPONDÉRANCE DE L'ÉTAT.

§ 1^{er}. — Le Prince.

Cette deuxième période, dont nous avons aproximativement placé le début au XVI^e siècle, se distingue par la prédominance de l'idée de l'État sur celle d'autonomie individuelle. La volonté de l'État tend de plus en plus à se subordonner celle des individus. La souveraineté se concentre entre les mains du seul monarque moscovite, dont la puissance a grandi au détriment de celle des autres princes russes.

Sergueiévitch explique brillamment comment la première a engendré la seconde, comment dans la lutte des volontés a triomphé la plus forte, celle du prince moscovite.

L'idée d'un service obligatoire dû à l'État va progressant et par suite aussi le caractère absolu de cette souveraineté. Dorénavant la seule source du droit sera la volonté du prince ; en tant que source principale du droit, elle restreint peu à peu le domaine des coutumes et des contrats privés.

La conception de l'État est encore confuse, et ne se

(1) Sergueiévitch, *Leçons et recherches sur le droit russe*, p. 58.

distingue pas de la personne même de son représentant. Le prince moscovite considère l'Empire russe tout entier comme son domaine privé et ne se croit pas tenu de respecter les propriétés de ses sujets. On le voit constamment disposer à son gré de leur fortune et même de leur liberté, faire des largesses à ses favoris avec leurs terres et leurs serfs, casser les testaments pour s'attribuer les héritages.

Toute désobéissance à sa volonté devient un crime et l'idée de préjudice causé à un individu cesse d'être l'élément essentiel de la définition de l'acte délictueux ; le système de la vengeance personnelle fait place à celui des châtiments au nom et dans l'intérêt de l'État.

Il n'est pas jusqu'au domaine de la conscience, que le souverain moscovite ne prétende soumettre à son autorité. Les « *Voiévodskïe Nakazy* » (règlements des gouverneurs des provinces) prescrivaient par exemple les visites à l'église, l'observance des jours maigres.

Nous assistons donc bien, à partir du XVI^e siècle, d'une part à un accroissement du pouvoir souverain entre les mains du prince, et corrélativement à une diminution des droits individuels, à une restriction des garanties de liberté.

Sergueïéwitch attribue à six causes cette concentration de la souveraineté entre les mains des princes moscovites :

1° Les grands princes moscovites, dès la conquête des Tartares, firent de constants efforts pour accroître leur

domaine par tous les moyens ; ils surent notamment faire avec beaucoup d'habileté servir à cette fin la puissance des khans tartares ;

2° Le régime de la succession au trône s'était graduellement modifié : le fils aîné y recevant une plus grande part, le territoire soumis à la souveraineté des grands princes ne se morcelait plus comme par le passé ;

3° La conquête tartare unifia la Russie, en ce sens que désormais tous les princes devaient obtenir du Khan la confirmation de leurs droits souverains. Avec la conquête était donc apparu en Russie un pouvoir qui ne venait pas du peuple.

4° L'Eglise avait de son côté puissamment contribué à l'accroissement et à la consolidation du pouvoir absolu : elle lui conférait un caractère religieux, une origine divine ;

5° Le pouvoir souverain s'était encore affermi, grâce à la constitution d'une classe de fonctionnaires civils et militaires (*Slougily Klass* — classe de ceux qui servent) ; le service du prince apparaissait désormais comme obligatoire : il était dû au prince et on ne pouvait le quitter à son gré ;

6° Dès la conquête tartare, l'organisation des principautés perd son caractère démocratique et devient aristocratique. L'influence du peuple s'efface derrière celle des Boyards qui , environnant le prince, prennent un facile empire sur lui lorsqu'il n'est pas d'un caractère particulièrement autoritaire ou indépendant.

Peut-être aussi, faut-il voir une dernière cause de l'affermissement du pouvoir souverain moscovite en même temps qu'une circonstance favorable à l'unification de la Russie, dans une nouvelle assemblée populaire, dont l'apparition date du règne d'Ivan le Terrible : le *Zemski Sobor*.

§ 2. — *Zemski Sobor*.

Le *Zemski Sobor* était une assemblée de représentants de toutes les villes russes, réunis à Moscou sous la présidence du tzar. Elle avait beaucoup d'analogie avec les États généraux que connut l'Europe occidentale. Les conditions qui en provoquèrent l'apparition furent les mêmes qu'en France ou en Angleterre par exemple. Dans tous les États, avec l'agrandissement du territoire, naît une nouvelle forme de participation du peuple au gouvernement ; il n'intervient plus directement, mais par représentants. L'extension du territoire rend en effet le gouvernement direct matériellement impraticable ; en même temps que devient nécessaire une administration plus compliquée, dont les masses ne sauraient garder la direction. De même qu'en Angleterre et en France, une assemblée représentative naquit en Russie à l'époque où il devint difficile au souverain de consulter directement le peuple.

Le premier *Zemski-Sobor* fut convoqué en 1548 par Ivan IV, qui n'avait pas encore mérité le surnom de Terrible. Beaucoup d'auteurs voient dans cet acte une ma-

nifestation du caractère hardi de ce prince. D'autres, la preuve d'un esprit profondément politique. Peut-être est-il plus vrai de dire qu'Ivan IV fit simplement ce qu'il ne pouvait pas éviter de faire. Les diverses parties de la Russie, dont le rattachement à la principauté moscovite était de date récente, pouvaient à tout instant s'en séparer, l'idée d'unité n'ayant pas encore dominé leurs sentiments particularistes. En outre, la situation de ce prince n'était guère stable après tous les troubles qui avaient marqué son enfance. Il sentit la nécessité d'affermir son trône en faisant appel à tout le peuple russe.

La Russie vit en 1548 ce que la France avait vu en 1302, et l'Angleterre en 1214 et en 1264. Le souverain, las de lutter contre la classe la plus voisine du trône et le sentant vaciller parmi les luttes des Boyards, chercha un appui chez ceux qui avaient intérêt, comme lui, à réagir contre l'influence de cette classe privilégiée. Rappelons en effet, que durant la minorité d'Ivan IV les Boyards s'étaient rendus particulièrement haïssables par leurs excès de pouvoirs et leurs cruautés (1).

Cette convocation du *Zemski Sobor* fut en même temps le couronnement et la manifestation de l'unification russe, commencée depuis Dmitri Donskoï (1363-1389).

Ivan IV avait appris le mécontentement que les gouverneurs de provinces (on les nommait « *Namiestniky* et *Thiouny*) avaient suscité chez les habitants. Il craignit

(1) Par exemple, le meurtre de Iouri Glinski dans la cathédrale d'Ouspensk à Moscou.

l'aggravation de ces troubles et convoqua les représentants de toutes les villes que comprenait l'Etat russe.

On peut se rendre compte de la conscience qu'il avait à cette date de l'instabilité de sa situation, par le discours qu'il prononça en ouvrant le *Zemski Sobor* (1) : il y rappela son enfance malheureuse, les tristes conditions dans lesquelles on l'avait élevé ; il accusa de tous les malheurs du pays les *Boyards*, protestant qu'il en était personnellement innocent. Il supplia ses sujets de suspendre tous les procès en cours, sachant l'état inextricable de toutes les affaires. Désormais, disait-il, je serai moi-même votre juge et votre protecteur, je mettrai fin au mal, je ferai rendre ce qui a été pris indûment. Il acheva sur la promesse de promulguer pour chaque province une « *Oustavnaïa Gramota* » (édit), qui réglerait d'une façon équitable la justice et l'administration et permettrait aux provinces de se gouverner elles-mêmes sans gouverneurs nommés par lui (2).

Les documents historiques dont nous disposons ne nous apprennent pas si les représentants se contentèrent d'écouter la parole du tzar ou s'ils parlèrent aussi. Il y a lieu de croire qu'ils exposèrent leurs doléances ; car cette première assemblée du *Zemski-Sobor* fut suivie de réformes considérables dans l'administration et la justice provinciales.

(1) Les chroniques nous apprennent qu'Ivan avait longuement prié et s'était confessé avant l'ouverture de l'assemblée.

(2) On remarquera que le peuple tenait beaucoup à ne pas voir son autonomie locale anéantie par la centralisation administrative.

Certains auteurs (1) considèrent cette première assemblée de représentants des villes russes comme le point de départ des développements de l'autocratie : bien que Ivan IV se fût fait couronner « *tzar* » en 1547, il n'était que prince de Moscou et autres terres russes. Il ne devint réellement « *tzar* » russe, qu'après que le premier *Zemski Sobor* lui eût reconnu cette qualité en lui prouvant qu'il avait pour lui tout le peuple russe.

L'opinion de Biélaïew nous paraît justifiée : l'on ne saurait prétendre qu'elle soit mal d'accord avec celle que nous avons adoptée au sujet des consultations du peuple par les princes pendant la première période. Le caractère de ces consultations est en effet très différent de l'une à l'autre période. Jusqu'à l'invasion tartare, le recours du prince au peuple était bien un signe de sa faiblesse et de l'incapacité où il se trouvait de se passer de son consentement. Au contraire dans le recours de Ivan IV au peuple se révèlent sans doute le besoin qu'il avait encore du peuple et la force qui était en ce dernier, mais aussi que cette force était asservie grâce au joug tartare, à la misère grandissante qu'avait entraînée l'invasion : le prestige du prince avait augmenté tandis que s'anéantissait par degrés la volonté du peuple de rester libre. En un mot le peuple était devenu une force passive, docile à toute autorité : inconscient de ses intérêts, il ne songeait même plus à discuter les actes du souverain.

(1) Biélaïew, « Discours prononcé le 12 janvier 1867, à la réunion solennelle de l'Université de Moscou ».

Dans sa foi simple et irréfléchie, il avait cru les paroles de l'Eglise qui lui montrait dans le tzar l'oint du Seigneur. Le tzar pouvait désormais en toute confiance s'appuyer sur cet esclave muet et résigné. Toutes les fois qu'après 1548 les tzars eurent l'idée de consulter le peuple, il leur répondit par l'assurance de son absolue soumission, par l'offre de leur sacrifier sa fortune et sa vie.

Nous en avons un exemple frappant dès la seconde assemblée du *Zemski Sobor*, qui eut lieu sous le règne d'Ivan IV, en 1566. Le tzar avait voulu connaître les dispositions de l'opinion publique au sujet de la longue guerre contre les Allemands de Lithuanie, et contre les Polonais, guerre dont la continuation devait entraîner des dépenses importantes. Si l'on se reporte à la « *Prigovornaïa Gramota* » (acte relatant la décision de l'Assemblée), on constate que tous les ordres furent unanimes à reconnaître que la guerre devait être continuée. Leur assentiment ne diffère que dans la forme : plus l'ordre était inférieur, plus elle était humble. Les marchands et les « *gosti* » avaient répondu qu'ils n'étaient guère compétents en matière politique et que le tzar n'avait qu'à faire ce qu'il croyait bon : « Quant à nos vies, nous les mettons avec nos têtes à la discrétion du tzar ».

Ivan IV n'éprouva pas le besoin de convoquer d'autres *Zemski Sobor* durant le reste de son règne (1).

En 1598, le *Zemski Sobor* fut assemblé pour l'élection

(1) Il n'y eut que des assemblées partielles des représentants du clergé en 1566, 1580, 1584.

d'un tzar, Féodor Iwanowitch, fils d'Ivan IV, étant mort sans héritiers. Ce *Zemski Sobor* comptait 83 représentants du clergé, 336 représentants de la classe des fonctionnaires et 37 seulement des « *Slougili et Giletzki lioudi* », dont 34 pour Moscou et 3 pour les autres villes. Ce ne fut donc pas la Russie, mais Moscou, qui élit Boris Godounow. Certains auteurs pensent que c'est à raison de ce fait, que ce tzar s'abstint durant tout son règne de convoquer les représentants des villes russes. Ils ne le furent pas davantage durant les années pleines de troubles où régnèrent le faux Dmitri et Iwan Schouisky. C'est en 1613 seulement, que les Boyards, voyant la Russie à la veille de sa perte, réunirent un *Zemski Sobor* qui conféra le trône et le pouvoir souverain absolu au chef de la dynastie actuellement régnante en Russie, Michel Féodorowitch Romanow (1).

A aucun moment de la seconde période, l'activité du *Zemski Sobor* ne fut aussi grande que sous le règne de Michel Romanow. La désorganisation était si complète, l'administration si confuse, que le tzar, pour débrouiller ce chaos, dût faire appel à l'aide de toutes les forces du pays. Aussi voyons-nous le *Zemski Sobor* fonctionner d'une façon presque permanente : dès qu'une Assemblée est dissoute, le tzar en convoque une autre. Aucune décision importante ne fut prise par cet Empereur sans que le *Zemski Sobor* eût été consulté. Le libellé même de

(1) V. *Sobranie Gosoudarstvennikh Gramot i Dogovorow*, t. 1, n° 202.

ses oukazes nous en fournit la preuve. Ils débute ainsi :
« En vertu de notre oukaze impérial et de la décision du Sobor... »

C'est ainsi que, l'année même de son élection, le *Zemski Sobor* engageait des pourparlers avec Sigismond, roi de Pologne, pour l'engager à retirer ses troupes du territoire russe (1). En 1616, 1617, 1618 et 1619 le *Zemski Sobor* discute tantôt une question de guerre ou de paix, tantôt la manière de trouver des ressources pour l'entretien des troupes, etc. (2).

Après la mort de Michel Romanow, un *Zemski Sobor* fut réuni pour procéder à l'élection de son fils Alexis. Comme les précédentes, cette Assemblée confirma le pouvoir autocratique du souverain russe. Sous le règne

(1) La « *Gramota* » adressée à Sigismond était même scellée du sceau propre du *Sobor* (V. *Sobran. Gosoud. Gram. i Dogovor.*, t. III, n° 7).

(2) En 1619 le Sobor décide l'envoi de scribes (*pisty*) dans toutes les villes pour y étudier le degré de ruine de chacune, afin de savoir si elles sont en état de payer les taxes fixées dans les rôles de l'impôt. Cette même année, est dissoute l'Assemblée convoquée en 1616.

On en réunit une nouvelle, afin que les représentants élus puissent y exposer « les offenses, violences et ruines et tout ce dont l'Empire moscovite est rempli ». Les députés indiquèrent, avec les besoins locaux, les moyens propres à les satisfaire. On ne sait à quel moment cette assemblée fut dissoute ; mais dès 1626 des mesures étaient prises pour mettre fin au désordre et aux vexations dont les gouverneurs de provinces étaient les auteurs. En 1621 et 1622, des *Zemskii Sobori* furent convoqués, le premier au sujet d'une guerre avec la Turquie, le deuxième à propos d'une guerre contre le Khan de la Crimée. En 1642, un *Zemski Sobor* se prononce pour la reddition aux Turcs d'Azow, que les cosaques leur avaient pris.

d'Alexis Michailowitch le Sobor ne fut réuni que dans des cas graves, intéressant le pays tout entier. Telles furent l'Assemblée de 1648, pour l'élaboration d'un nouveau recueil des lois ; celle de 1640, pour la discussion des mesures propres à mettre fin aux rébellions de Nowgorod et de Pskow ; et celle de 1653, à propos de l'annexion de la Petite-Russie, qui entraîna une guerre contre la Pologne.

Il importe que nous nous arrêtions un instant sur l'assemblée de 1648, car la manière dont elle fut conduite caractérise très exactement la portée des consultations du peuple sous le règne d'Alexis, qui, sentant sa puissance plus affermie que celle de son père, fit dégénérer l'intervention traditionnelle des représentants du peuple dans les affaires publiques en une simple formalité.

Nous possédons deux actes officiels relatifs à l'Assemblée de 1648 : 1^o la *Gramota* ou lettre de convocation des députés (1) ; 2^o l'acte du Sobor (*Soborny aelk*) qui précède le recueil des lois de 1648. Les membres de l'Assemblée furent répartis en deux groupes ; l'un, sous la présidence du tsar, l'autre sous celle du prince Dolgorouki. On leur donna lecture de l'« *Oulogénié* » (2) ; puis, sans leur demander, ni de discuter les lois qu'on avait fait entrer dans ce recueil, ni même de formuler un avis quelconque, ils durent le signer. Ajoutons que les députés convoqués

(1) *Ak. Ar. Ec.*, liv. IV, n^o 27.

(2) « *Oulogénié* d'Alexis Michailowitch » est le nom qu'on donne au recueil des lois de 1648.

étaient absolument incapables de toute collaboration au travail de codification qu'on feignait de soumettre à leur approbation et qu'on ne fit rien pour les éclairer.

La convocation du *Zemski Sobor* de 1653 eut le même caractère que la précédente. Dès 1652, Alexis Michailowitch avait consenti à l'annexion de la Petite-Russie, spontanément offerte par cette dernière. Aussi l'Assemblée de l'année suivante ne fut-elle convoquée que pour la forme ; tous les ordres (*tchines*), interrogés chacun à son tour, acquiescèrent purement et simplement à la décision prise (1).

Ce fut le dernier *Zemski Sobor* qui s'assembla durant le règne d'Alexis Michailowitch. Par la suite, il ne s'adressa plus dans les cas difficiles qu'à la *Boyarskaïa Douma* ou même à tels Boyards qu'il avait en affection particulière. Biélaïew explique ainsi le fait que ce tzar ait fini par s'abstenir de convoquer le *Zemski Sobor* : il s'était convaincu que, sa pensée et sa volonté étant celles du pays tout entier, la réunion du Sobor n'avait aucune utilité.

Sous le règne de Féodor Alexéïewitch (1676-1682), il y eut quatre assemblées du *Zemski Sobor*. Aucune ne fut plénière, si nous en croyons Biélaïew.

Une dernière assemblée après sa mort fut convoquée : elle porta au trône son frère, Pierre-le-Grand.

Ce dernier, dans sa haine des institutions russes traditionnelles et dans son inébranlable volonté d'établir un ordre de choses entièrement nouveau, ne pouvait avoir

(1) Voir *Sobranié Gosoud. Gram i. Dogov.*, t. III, n° 157.

l'idée de consulter une assemblée qui eût été certainement hostile à tous ses projets.

Un certain nombre de questions relatives aux *Zemskié Sobory* n'ont pas encore été élucidées. C'est ainsi que nous ignorons comment étaient choisis les représentants, s'ils recevaient un mandat de leurs électeurs, quelles étaient la forme et la teneur d'un tel mandat.

Nous avons vu que l'apparition de ces assemblées s'était produite à l'époque où la division du peuple russe en une hiérarchie de classes (les *tchines*) commençait à se dessiner nettement.

L'un des problèmes les plus importants est précisément de savoir si chaque *tchine* devait élire un ou plusieurs représentants particuliers, ou si la représentation était territoriale. Sergueïéwitch soutient que chaque *tchine* devait prendre des représentants dans son sein ; Biélaïew prétend au contraire qu'il n'y avait qu'un représentant par ville, que la classe à laquelle appartenait ce représentant importait peu, que chaque pays choisissait simplement un homme dans lequel il avait confiance. Pour l'établir, il invoque des documents d'où il résulte que fréquemment les villes n'avaient qu'un représentant chacune. Sergueïéwitch estime que cet argument n'est rien moins que probant, à une époque où les déplacements étant très difficiles, chacun cherchait par tous les moyens à n'être pas élu.

Les « *Prigovornya Gramoti* » nous renseignent prin-

cipalement sur la tenue de l'assemblée ; elles nous apprennent que les représentants y étaient divisés en ordres ou groupes et que chaque groupe donnait isolément son avis. Néanmoins des avis pouvaient être individuellement exprimés. Suivant les groupes, la forme dans laquelle les décisions prises étaient approuvées sur la *Prigovornaïa Gramota*, était différente : les membres du clergé se bornaient à y apposer leur sceau, les Boyards y joignaient le serment par la croix.

Le tzar et sa famille n'assistaient ordinairement qu'à la séance d'ouverture du *Zemsky Sobor*.

Le nombre de représentants de chaque *tchine* ou de chaque ville était fixé par le tzar ou par les Boyards, quand c'étaient eux qui convoquaient l'assemblée.

Les décisions devaient être prises à l'unanimité et non à la simple majorité, si nous en croyons les textes, où il n'est fait mention que de votes unanimes.

Le droit de convoquer le *Zemski Sobor*, comme celui de fixer les questions qui lui seraient soumises, appartenait au tzar ou au pouvoir qui le remplaçait en cas d'interrègne (patriarche et *Boyarskaïa Douma*) ou au Gouvernement provisoire.

Nous avons vu que les réunions des *Zemski Sobor* n'étaient pas périodiques, mais, au contraire, essentiellement irrégulières et qu'elles dépendaient du bon plaisir du tzar ou de la force majeure des circonstances.

Les causes de la convocation du *Zemski Sobor* sont ordinairement les mêmes que celles de la convocation des

assemblées similaires dans l'Europe occidentale. Le plus souvent il s'agit du besoin d'un subside pécuniaire, que le tzar craignait de se voir refuser s'il se fût borné à donner l'ordre pur et simple de le percevoir. Pourtant des questions de législation furent soumises à certain *Zemskie Sobory* (en 1619, 1648, 1681, 1682). Parfois aussi, des questions d'administration : celui de 1619 discuta la question de l'organisation de l'État moscovite, celui de 1648 l'institution d'une justice égale pour tous les *tchines*, du plus haut au plus bas ; le *Zemski Sobor* de 1681 eut à discuter la question de l'égalisation des impôts et des services exigés des taillables (« *tiaglié lioudi* ») ; en 1682 on soumit à l'Assemblée la question de l'organisation de l'armée.

Le caractère juridique des *Zemkié Sobory* était essentiellement indéterminé. Sergueiévitch, dit simplement : « Nos tzars avaient besoin de l'aide du peuple russe ; ils y recouraient sous la forme des Sobory. » Jamais le concours des *Zemskie Sobory* ne reçut d'expression légale. Certains auteurs se croient fondés à en conclure que les *Zemskie Sobory* étaient des assemblées purement consultatives, servant à éclairer et à soutenir le gouvernement, d'ailleurs absolument libre de ne tenir aucun compte de leurs avis.

Sergueiévitch (1) ne se range pas à cette opinion. L'idée d'assemblée consultative lui apparaît comme toute moderne ; elle était inconnue aussibien des Russes à l'é-

(1) Sergueiévitch, *op. cit.*, 731.

poque moscovite, que des autres peuples européens se trouvant au même degré de civilisation. Comment d'ailleurs ne reconnaître qu'un caractère consultatif à une assemblée en présence de laquelle Ivan le Terrible crut devoir, en 1548, expliquer la cause des troubles qui avaient marqué les débuts de son règne et protester de son innocence ? A une assemblée qu'un siècle plus tard Alexis Michailowitch fit intervenir dans le grand acte législatif qui fut l'œuvre principale de son règne ? On objectera peut-être que les membres de cette dernière assemblée n'élaborèrent pas les lois nouvellement codifiées, mais durent se contenter de les signer. Cette signature, selon Sergueïewitch, n'en comportait pas moins le consentement des représentants du peuple à se soumettre à ces lois. Du point de vue qui nous occupe, peu importe, à son avis, que ce consentement ait été forcé ou du moins demandé dans des conditions telles qu'il devait être nécessairement accordé : ce qui est significatif, c'est que le tzar crut nécessaire de demander l'assentiment du peuple à la nouvelle codification ; sans doute, aucune loi ne reconnut jamais expressément à ces assemblées un droit précis ; il n'en est pas moins vrai que leur pouvoir dépassait la mesure d'un simple droit à être consulté. Le pouvoir monarchique absolu ne s'est pas définitivement constitué en Russie avant Pierre-le-Grand ; et on doit considérer l'époque moscovite comme une époque de transition, période de caractère indécis, où l'on voit les tzars tantôt agir librement et statuer sur

certaines questions sans le concours des assemblées qu'ils avaient convoquées, tantôt en appeler au peuple et lui demander son assentiment.

Wladimirsky-Boudanow reconnaît l'impossibilité d'isoler et de définir juridiquement les pouvoirs du *Zemski Sobor* ; mais, d'autre part, il affirme que les droits des *sobory* s'étaient peu à peu consolidés par la coutume (1), à ce point que d'un fait cité par lui on pourrait inférer l'existence, dès l'époque de Feodor Iwanowitch, d'un droit acquis pour les *Zemskie Sobory*, à être consultés : sous le règne de ce prince, il fut question de la conclusion entre lui et la Pologne d'un traité de paix perpétuelle ; les Boyards répondirent aux ambassadeurs polonais et lettoniens : « c'est une affaire grave ; il faut que notre prince consulte à ce sujet tout le pays : d'abord le métropolitite et tout le saint Sobor (2), puis les Boyards, tous les hommes de la Douma, tous les Voïévods et le pays tout entier » (3). Et Wladimirsky Boudanow ajoute que les Polonais parurent d'abord ne pas croire à cette coutume si nouvelle chez les moscovites ; mais bientôt ils durent en reconnaître la réalité (4).

Cet exemple ne nous paraît avoir que la valeur d'un

(1) Wladimirsky Boudanow, *op. cit.*, p. 172.

(2) Le saint Sobor comprenait les membres du haut clergé.

(3) Cité par Wladimirsky Boudanow d'après l'historien Solovieff, *Histoire de la Russie*, VII, 274.

(4) Vladislav, prince de Pologne, porté au trône de Russie par un parti, dut à son avènement consacrer expressément le pouvoir législatif du Sobor ; et peu de temps après il fut écarté du trône parce qu'il ne tenait pas ses pouvoirs du pays tout entier.

fait isolé, dont il n'y a pas lieu de tirer une conclusion générale : Féodor Iwanowitch fut, en effet, un prince exceptionnellement faible, qui abandonnait volontiers l'administration de son royaume aux Boyards.

Il nous semble que les membres des *Zemskié 'Sobory* n'ont pas agi comme il l'eût fallu pour que le fait de leur consultation par le tzar se transformât en droit. Non seulement ils n'ont jamais affirmé à l'encontre du souverain l'existence de ce droit, se laissant simplement convoquer, lorsque tel était son bon plaisir ; mais ils ne paraissent même avoir eu à aucun moment conscience de leur intérêt à empêcher l'affermissement définitif du pouvoir absolu. Leur attitude demeura toujours passive. Le peuple, dont l'intervention des *Zemskié Sobory* n'avait jamais sensiblement amélioré la situation, et les représentants eux-mêmes, à qui leur mission imposait une lourde charge, ne considérèrent jamais les consultations que leur demandaient les tzars que comme une corvée, bien loin de songer à les revendiquer comme un droit.

Les assemblées du *Zemski Sobor* tombèrent en désuétude, surtout parce que les tzars ne sentirent plus le besoin de les convoquer ; aucun acte d'abrogation formelle n'intervint d'ailleurs, pas plus qu'il n'en était intervenu pour le *Viétkhé*. Serguéiéwitch voit dans l'abandon de cet usage l'influence du clergé et de la haute noblesse où se recrutaient les magistrats. Ces deux classes étaient en effet fort mécontentes de voir les députés se plaindre des lenteurs infinies de la justice, des iniqui-

tés de l'administration et des privilèges exorbitants du clergé (acquisitions illégales de terres, etc.).

La disparition des *Zemskié Sobory* fut très regrettable, en ce qu'elle priva les tzars du moyen le plus sûr pour eux d'être renseignés sur les maux dont souffraient leurs sujets. Elle porta au peuple russe un préjudice plus considérable encore, en ce qu'il fut désormais dépourvu de tout moyen d'éducation politique.

§ 3. — Les transformations de la *Boyarskaïa Douma* pendant la seconde période.

La situation des Boyards vis-à-vis du souverain ne fut pas toujours la même : jusque vers la moitié du XV^e siècle, ils jouèrent un rôle prépondérant, car c'est sur eux principalement que s'appuyèrent les princes moscovites au cours de leurs luttes pour rattacher les diverses parties du territoire russe à la principauté moscovite.

L'invasion des Tartares fut un fléau pour le peuple russe, dont elle entraîna la misère et l'esclavage. Dans sa détresse, le peuple, renonçant à tout espoir d'indépendance, ne se préoccupa plus d'intervenir dans les affaires publiques. Le prince voyant ainsi disparaître des résistances contre lesquelles il était accoutumé à lutter, n'eut plus besoin de l'appui que lui fournissaient jusque-là les Boyards. Aussi voyons-nous, dès Ivan III (1462-1505), leur situation se modifier. Ce prince entre en lutte contre eux et restreint de plus en plus les droits de la *Boyarskaïa Douma*, très considérables en fait jus-

qu'à cette époque. C'est surtout sous Vassili Ivanowitch (1505-1533) que devint sensible le changement qui s'était produit dans l'importance de cette institution : ce prince consultait rarement sa *Douma*, malgré les réclamations incessantes de celle-ci. Il s'adressait beaucoup plus volontiers à ses favoris. Pour que l'influence de la *Boyarskaïa Douma* tombât presque à néant, il avait donc suffi qu'elle se trouvât en présence d'un prince autoritaire. Pendant l'enfance d'Ivan IV, l'occasion s'offrit aux Boyards de manifester leur compétence dans la conduite des affaires publiques ; or ils ne firent preuve que d'une absolue incapacité, et toute leur activité se perdit en compétitions égoïstes et mesquines. Aussi lorsqu'Ivan IV reprit en main la direction de l'Etat, traita-t-il les Boyards avec un mépris et une cruauté qu'on ne revit jamais. Ce prince entra en lutte ouverte contre eux ; et par une série d'actes législatifs (1) diminua leurs droits et ceux des princes apanagés, les écartant de lui pour s'entourer de gens d'humble extraction. Une correspondance très curieuse d'Ivan IV avec le prince Kourbsky, nous révèle avec quel acharnement il cherchait par tous les moyens à prouver le droit qu'il revendiquait de se passer de la *Boyarskaïa Douma* quand il avait des décisions à prendre.

De leur côté, les Boyards firent désormais des efforts constants pour sauvegarder leurs droits traditionnels,

(1) V. Wladimirsky-Boudanow, *op. cit.*, p. 157.

et mirent à profit toutes les périodes de troubles pour faire légalement consacrer le droit qu'ils revendiquaient d'être consultés sur la direction des affaires publiques (1).

A. — *La Tzarskaïa Douma.*

1. — Ivan le Terrible remplaça la Douma des Boyards par la « *Tzarskaïa Douma* » (*Douma* du tzar), qui subsista jusqu'au règne de Pierre-le-Grand.

Pétrowsky (2) voit dans cette *Douma* du tzar, une institution entièrement nouvelle, et qui n'avait rien de commun avec la *Boyarskaïa Douma*. Elle n'avait aucun pouvoir législatif; et bien qu'elle fût l'institution judiciaire et administrative la plus haute, elle ne pouvait, même dans ces domaines, prendre aucune décision sans l'assentiment du tzar.

Cette opinion nous semble mal fondée. Les grands changements dans la composition de la *Douma* (3) qui eurent lieu sous Ivan IV, ne semblent pas avoir altéré le caractère essentiel de cette institution. Après comme avant ce règne, la *Boyarskaïa Douma* n'eut pas de pouvoirs nettement définis; après comme avant, elle exerçait tous les pouvoirs que comportait la souveraineté, dans la mesure où la volonté du tzar l'admettait. Jusque

(1) Voir « *Zapiss* » de Vassili Chouysky et de Wladislaw.

(2) Pétrowsky, *Le Sénat du temps de Pierre-le-Grand*.

(3) Ivan IV admit dans la Douma des personnes qui n'avaient pas auparavant le droit d'y siéger, atteignant ainsi ce double but, d'une part, d'introduire dans le Douma des hommes de valeur, d'autre part, d'humilier les Boyards.

sous le règne de Pierre-le-Grand, nous rencontrons des lois élaborées conjointement par le tzar et par la *Douma*, ainsi que l'atteste la formule traditionnelle : « le souverain a ordonné et les Boyards ont décidé. »

L'organisation de la *Douma* du tzar était aussi complexe que sa compétence. Cette compétence, dont aucun acte législatif ne fixa jamais les limites, s'étendait aux affaires les plus diverses. Suivant la volonté arbitraire du tzar, elle statuait en dernier ressort ou sauf la sanction du tzar.

Sergueiévitch (1) distingue deux modes d'activité de la *Douma* du tzar : d'une part, c'était un conseil du tzar, collaborant tant à la confection des recueils de lois (« *Soudiebniki* ») qu'aux sentences judiciaires et aux décisions gouvernementales du souverain. Mais en tant qu'institution administrative et judiciaire, l'action de la *Douma* du tzar était autonome. Elle statuait sur les affaires que lui soumettaient les « *Prikazy* » (2) ; et dans ce domaine elle agissait indépendamment du souverain, ne recourant à son intervention qu'en l'absence de loi applicable à l'espèce.

Selon Wladimirsky-Boudanow, la *Douma* ne représente pas un pouvoir distinct du pouvoir du souverain. Le pouvoir législatif était exercé conjointement par elle

(1) Sergueiévitch, *Leçons et recherches*, p. 832.

(2) Pendant la période moscovite, l'administration de l'Etat était confiée à des « *Prikazy* », ou bureaux, dont le nombre et les attributions variaient selon les époques. Il y avait un grand nombre de *Prikazy* chargés de veiller à l'entretien de la Cour.

et par le tzar jusqu'au XVII^e siècle. C'est ainsi que le *Soudiebnik* (recueil de lois) d'Ivan III (1499) contient la mention qu'il a été « fait par le prince, ses enfants et les Boyards » (1). De même, le « *Tzarsky Soudiebnik* » de 1550 est promulgué par le « tzar avec ses frères et les Boyards ». L'*Oulogénie* (recueil de lois) d'Alexis Michailowich (1649) reconnaît comme sources législatives les oukases du tzar et les décisions des Boyards. Tel était, de l'avis de Wladimirsky-Boudanow, le mode normal de légiférer au XVI^e siècle. Sans doute, il arrive que des actes législatifs soient signés par le tzar seul, ou, au contraire, par les seuls Boyards (2) ; mais dans le premier cas, ce n'est qu'une manifestation de l'hostilité du tzar à l'égard des Boyards ; quant à la seconde hypothèse, elle ne se rencontre guère que dans les époques d'inter règne ou d'absence du souverain.

Nous ne croyons pas qu'on puisse dire que la *Tzarskaïa Douma* eût un droit acquis à légiférer, ni même à juger ou à gouverner. En fait, elle exerçait ces attributions ; mais aucun acte législatif n'avait jamais consacré ce prétendu droit, et d'autre part, aux époques de leurs luttes les plus acharnées contre l'autorité exclusive des tzars, les Boyards ne surent jamais prouver ce droit, ni le faire respecter, alors que pourtant la coutume paraissait le consacrer et qu'ils l'avaient exercé de tout temps.

(1) Wladimirsky-Boudanow, *op. cit.*, p. 162.

(2) Voir des exemples de décisions prises par les Boyards seuls, *Polnoïe Sobranie Zakonow* (Recueil complet des lois), nos 14, 17, 20, 25, 27, 73, 107, etc.

Nous en concluons que l'exercice de ses pouvoirs doit plutôt être considéré comme l'effet d'une tolérance du souverain, expliquée tantôt par son intérêt, tantôt par la nécessité.

Si telle était la volonté du tzar, il pouvait, nous l'avons vu, se borner à consulter seulement quelques-uns de ses Boyards. Alexis Michailowitch organisa même un « *Prikaz Taïnykh Diël* » (Commission des affaires secrètes), pour que les affaires fussent décidées et ses idées appliquées selon sa volonté, sans que les Boyards et les autres gens de sa *Douma* en fussent informés (1).

Avec l'avènement de Pierre-le-Grand, la *Douma* du tzar disparut sans d'ailleurs qu'aucun acte législatif intervînt pour la supprimer expressément. C'était, en effet, une institution à fonctionnement trop lent et trop inutilement compliqué, pour qu'elle convînt au caractère énergique, prompt à la décision et suprêmement actif de Pierre-le-Grand.

B. — *La Chancellerie de l'empereur.*

2. — Elle fut remplacée provisoirement par la « Chancellerie de l'Empereur » (*Blijniaïa Kanzellaria Ievo Imperatorskowo Vélitchestva*), puis définitivement, en 1711, par le *Sénat*. On trouve encore, en 1701 et en 1702, des oukazes contenant la formule : « Sa Majesté a ordonné et les Boyards ont décidé », mais les Boyards sié-

(1) Kotoshikhin, *De la Russie à l'époque du règne d'Alexis Michailowitch*, ch. II, 5 ; ch. VII, 1.

geaient-ils à cette époque dans la Douma ou dans la Chancellerie, — on l'ignore.

C. — *Le Sénat.*

3. — Depuis 1711, date de l'apparition du Sénat russe, son organisation et ses pouvoirs ont beaucoup varié. Pierre-le-Grand, souvent absent de Russie, avait besoin d'y laisser à la tête du gouvernement une institution composée d'hommes actifs et énergiques et surtout partageant ses idées. Pour qu'elle pût le remplacer effectivement, il comprit la nécessité de lui laisser une grande liberté d'action. Aussi en 1711, conféra-t-il au Sénat une autonomie et des droits très étendus. Par un oukaze (1) l'Empereur ordonna d'obéir au Sénat et aux oukazes sénatoriaux, comme à lui-même, sous peine de châtiment cruel ou de mort, suivant la gravité de l'infraction.

Le « Sénat gouvernant » (*Pravitielstvouiouchtchiy Sénate*) de Pierre-le-Grand a sous son contrôle toutes les autorités : autorités ecclésiastiques, autorités civiles, autorités militaires. Il donne des ordres émanés de son initiative personnelle à tous les organes de l'administration centrale et locale, notamment à tous les gouverneurs de provinces. C'était le Sénat qui nommait tous les fonctionnaires (*tchinowniki*) jusqu'aux gouverneurs exclusivement. Son pouvoir administratif était illimité.

Le Sénat était en outre le plus haut tribunal de l'Em-

(1) *Recueil complet des lois*, n° 2328.

pire : Pierre-le-Grand avait fait du pouvoir judiciaire suprême l'attribution essentielle de cette assemblée. Il défendit notamment que l'on adressât au souverain des recours contre les sentences judiciaires, sans observer les voies légalement déterminées.

Dans le domaine législatif, nous voyons le Sénat, de son autorité propre, abolir certaines institutions, par exemple les *Prikazy* (commissions spéciales), en créer d'autres, confier les affaires qui étaient de la compétence d'une autorité à une autre, établir ou réduire des impôts, ordonner de nouvelles levées de troupes. C'était au Sénat que devaient s'adresser toutes les autorités en cas d'obscurité ou de contradiction de la loi : le Sénat rédigeait alors un projet qu'il soumettait à l'approbation du tzar. L'oukaze rendu en 1714 (1) par Pierre-le-Grand et attribuant aux oukazes sénatoriaux la même autorité qu'aux oukazes impériaux, visait aussi bien ceux qui contenaient des dispositions générales, que ceux qui statuaient sur des cas particuliers.

Toutefois, il convient de rapprocher de cet oukaze de 1714, la décision prise par Pierre-le-Grand en 1721 (2), en vertu de laquelle des mesures générales ne peuvent être prises par le Sénat et le Synode conjointement, qu'en l'absence de l'empereur et sous la condition de son approbation.

La question de savoir si le Sénat eut, sous Pierre-le-

(1) *Rec. complet des lois*, 2787.

(2) *Rec. complet des lois*, 4051.

Grand, un pouvoir législatif proprement dit, est controversée entre les jurisconsultes russes.

Pour les uns, il s'agit bien d'un véritable pouvoir législatif. Telle est l'opinion de Pétrowsky (1), qui argumente de faits tels que l'abrogation, en 1714 (2) et en 1719 (3), d'oukazes impériaux par des oukazes sénatoriaux.

Pour les autres, le pouvoir que Pierre avait conféré au Sénat, ne fut qu'un très large pouvoir administratif. C'est ce que pensent Gradowsky et Korkounow.

Il y a lieu, en effet, de se demander à quoi correspondaient, en droit, les actes d'exercice du pouvoir législatif par le Sénat que citent les partisans de la première opinion ; et si réellement Pierre-le-Grand avait conféré au Sénat le pouvoir législatif. Nous pensons qu'il ne saurait être question du pouvoir législatif d'une assemblée qui ne légifère que sous la condition de la confirmation de ses décisions par le pouvoir souverain. Il n'y a pouvoir proprement dit, que là où il y a initiative et autonomie dans l'action. Quels que soient les termes dans lesquels Pierre-le-Grand ait investi le Sénat du droit de gouver-

(1) Pétrowsky, *op. cit.*

(2) L'oukaze impérial prescrivait l'emploi d'une partie des revenus de l'Eglise à l'entretien des hôpitaux militaires.

(3) L'oukaze impérial avait interdit d'une façon générale la coupe des bois pouvant être employés à la construction des navires. L'oukaze sénatorial leva cette interdiction pour certains gouvernements, attendu qu'ils étaient trop éloignés de l'endroit où se construisaient les navires pour qu'on pût utiliser les bois qu'ils produisaient. Plus tard, un nouvel oukaze sénatorial rétablit l'interdiction des coupes de bois pour ces gouvernements.

ner la Russie, il est incontestable que l'initiative et l'autonomie du Sénat étaient toutes relatives et qu'elles ne pouvaient dépasser des limites que traçait la volonté souveraine du tzar. A aucun moment, croyons-nous, même en l'absence du tzar, le Sénat n'eut le pouvoir législatif, car à aucun moment il ne put prendre une disposition générale, qui ne fût subordonnée à cette condition résolutoire, — l'approbation du tzar.

Ce qui caractérise la forme monarchique du gouvernement, ce n'est pas, — outre la jouissance de tous les pouvoirs réservée à un seul homme, — l'exercice effectif de tous les pouvoirs par le monarque en personne, fait qui ne se présente presque jamais : c'est son droit d'exercer lui-même tous les pouvoirs, s'il lui en prend fantaisie. Lorsqu'il semble se dessaisir d'un de ses pouvoirs, il ne fait en réalité que se désigner, à titre révocable, un suppléant dans l'exercice de ce pouvoir ; ce n'est pas le pouvoir même qui est déplacé.

Si le Sénat prenait des décisions d'une portée générale, c'était ou bien pour assurer l'application des lois existantes, ou bien pour statuer dans un cas d'urgence, la confirmation par le souverain étant toujours réservée. Il n'eut donc jamais le pouvoir législatif véritable, qui se ramène essentiellement à la libre expression d'une volonté souveraine irresponsable et obligatoire, sans aucune condition de confirmation expresse ou tacite.

Ajoutons qu'il n'eut pas été conforme au caractère autoritaire de Pierre-le-Grand de se démunir au profit de qui

que ce fût, de la moindre parcelle de sa souveraineté absolue. La vérité historique semble être, tout au contraire, que la réalisation de la monarchie absolue en Russie date de son règne.

Avec l'avènement de Catherine I (1725-1727), tout le système bâti par Pierre-le-Grand et maintenu par son inflexible énergie, s'écroula : elle rendit méconnaissable l'institution du Sénat en réduisant ses fonctions et son autorité et en lui opposant un nouveau corps, le « Conseil secret suprême » (*Verkhowny-Taïny Soviète* 1726). (1)

La compétence de ce Conseil comprit d'abord les affaires intérieures ou extérieures de quelque importance. D'un avis du Conseil suprême confirmé par l'Impératrice, il résulte, 1° que le Conseil Secret ne doit pas être considéré comme investi d'attributions distinctes de celles du souverain lui-même : « car il ne sert qu'à soulager son altesse impériale du lourd poids du gouvernement » ; 2° que des oukazes d'aucun ordre ne sauraient être promulgués sans l'examen préalable du Conseil Secret (2) ; 3° que le Conseil Secret connaîtra des affaires étrangères et de toutes celles qui réclament l'intervention de la volonté suprême ; 4° qu'il est permis d'en appeler au Conseil Secret des décisions du Sénat, comme aussi de celles des Collèges de la guerre, de la marine et des affaires étrangères ; 5° que le Sénat perd son titre de Sénat « gouvernant »

(1) C'est avec Catherine I que commence la série des conseils spéciaux.

(2) Solowioff, *Histoire de la Russie*, L. XVIII, p. 285, 291 et sq.

pour ne plus s'appeler que le « Haut » Sénat (1). Le Sénat envoie des rapports au Conseil Secret et reçoit de lui des oukazes (2).

Peu à peu le Conseil Secret suprême, qui ne s'occupait à l'origine que des affaires les plus importantes, accapare toutes les autres, voire même la nomination des sénateurs. Il n'y eut pas jusqu'aux attributions judiciaires du Sénat qui ne fussent réduites.

A la mort de Pierre II (1727-1730) le Conseil secret suprême se sentit assez puissant pour offrir, sous certaines conditions, le trône à la nièce de Pierre-le-Grand, Anna Ioannowna. Parmi ces conditions les plus intéressantes étaient les suivantes : impossibilité pour l'Impératrice de se désigner elle-même un successeur ; — obligation pour elle de conserver le Conseil Secret suprême, dont le consentement était indispensable : 1° pour déclarer la guerre ; 2° pour conclure la paix ; 3° pour frapper les fidèles sujets d'un nouvel impôt ; 4° pour la collation du titre de colonel au militaire ou au civil ou de tout autre titre plus élevé ; 5° pour priver un noble de ses biens, de sa vie ou de son honneur sans jugement ; 6° pour faire des donations de biens du fisc ou des biens destinés à devenir patrimoniaux ; 7° pour la dépense des revenus du fisc. — L'acte qui énumérait ces conditions se terminait par la formule suivante que signa l'Impératrice :

(1) *Rec. complet des lois*, n° 4853.

(2) *Idem*, n° 4861.

« et si je manque à exécuter une de ces promesses, je serai privée de la couronne russe (1) ».

Le parti de l'Impératrice, soutenu par le Sénat et la haute noblesse, lui fit déchirer ses promesses quelques jours plus tard (25 février 1730). A la requête de la noblesse, un oukaze du 4 mars 1730 rétablit le Sénat Gouvernant dans ses anciens droits (2) avec plus d'indépendance encore (3).

Peu après Anna Ioannowna, sous la pression d'Ostermann, organisa le « Cabinet », peut-être en prenant pour exemple le cabinet de Prusse qui existait depuis 1728. L'oukaze du 10 novembre 1730 qui l'institua, déclara que le Cabinet avait pour objet : « d'organiser une meilleure et plus rapide expédition des affaires sur lesquelles l'Impératrice devait statuer elle-même. »

Le Cabinet acquit une grande importance dans l'administration et surveilla avec une grande indépendance toutes les institutions de l'Etat. Tout oukaze signé de trois « ministres du cabinet » (on appelait ainsi les membres du cabinet), avait la même autorité qu'un oukaze signé de l'Impératrice elle-même (*imiennoié po-viéliénié*) (4). Bien que les attributions du cabinet se fussent en grande partie étendues au détriment de celles du

(1) Procès-verbaux du Conseil Secret suprême ; Soloviov, *op. cit.*, t. XIX, p. 246, 247 ; *Recueil de la société historique*, t. V, p. 354, 359.

(2) Correspondance de Lefort, *Recueil de la société historique russe*, t. V, p. 365 et sq.

(3) Soloviov, t. XIX, p. 271.

(4) Gradowsky, *Administration supérieure*, p. 153

Sénat, nous voyons cette dernière assemblée participer à un très grand nombre de décisions entre 1738 et 1740.

Sous le règne d'Elisabeth, fille de Pierre-le-Grand, le rôle du Sénat reprit toute son importance : cette Impératrice le mit à la tête de toute l'administration du pays. Il connut des questions concernant l'instruction publique, l'état économique de la population, le commerce et les douanes, l'industrie, les banques ; de la nomination des hauts fonctionnaires locaux, comme aussi de l'administration militaire et de certaines questions ecclésiastiques (1). A plusieurs reprises le Sénat prit des mesures que Gradowsky qualifie de dictatoriales ; c'est ainsi qu'en 1780, lors de la famine, il prescrivit la saisie du blé qui se trouvait chez les propriétaires fonciers et chez les industriels et le fit distribuer aux pauvres (2).

La participation du Sénat à la législation diminua sous Catherine II, bien qu'elle l'eût confirmé dans ses droits antérieurs et qualifié dans son « *Nakaz* » (3), « d'institution conservatrice des lois, nécessaire à tout Etat ». Voici comment elle s'exprime sur son compte dans ses instructions ultra secrètes adressées au prince Viazemsky : « le Sénat qui est institué pour assurer l'exé-

(1) *Le Recueil complet des lois* contient nombre de mesures prises par le Sénat relativement au commerce extérieur et aux douanes, n^{os} 8828, 8919, 9064, 9331.

(2) *Recueil complet des lois*, n^o 9709.

(3) *Nakaz*, Instruction pour la confection d'un nouveau Code que Catherine II donna aux représentants du peuple, convoqués par elle à cette fin.

cution des lois qui s'imposent à lui, en a fait souvent lui-même, distribuant des tchines, des faveurs, des villages, en un mot à peu près tout et a entravé les autres institutions judiciaires dans leurs droits et privilèges. »

Aussi la situation du Sénat fut-elle considérablement amoindrie par l'ensemble des mesures prises sous ce règne. Catherine voyait le Sénat d'un mauvais œil, surtout à cause de son organisation qui rappelait la *Bogarskaïa Douma*. Elle voulait gouverner la Russie seule et préférait porter tout le poids du gouvernement, plutôt que de voir à côté d'elle une institution armée d'une grande autorité (1).

A première vue, il pourrait sembler qu'un des faits les plus notables du règne de Catherine II contredise cette appréciation : en 1766, elle fit appel aux représentants du peuple pour l'élaboration d'un nouveau recueil de lois. Dans le manifeste qui les convoquait, la souveraine les invitait à se réunir « non seulement pour apprendre d'eux les besoins de chaque pays, mais pour les admettre dans la commission à laquelle serait donné un « *Nakaz* » (des instructions) pour l'élaboration du projet d'un nouveau recueil de lois, qui serait soumis à la confirmation de l'Impératrice ». On doit attribuer cette pensée de s'adresser aux représentants du peuple, à l'influence qu'avaient exercée sur Catherine II les écrivains français du XVIII^e siècle. Cette influence et l'état de désorgani-

(1) Gradowsky, *Administration supérieure*, p. 206.

sation dans lequel elle avait trouvé la Russie à son avènement, lui inspirèrent l'idée d'y établir un ordre de choses entièrement nouveau et ne laissant presque rien subsister des institutions et des lois du passé. Les travaux de la « commission » des représentants convoqués par Catherine, devaient se régler sur les principes généraux contenus dans le *Nakaz*, que la souveraine avait rédigé elle-même. Ce *Nakaz*, écrit très précipitamment par une femme que rien ne préparait à un semblable travail, formulait quelques principes philosophiques ou de droit public d'une grande élévation, accompagnés d'un certain nombre de règles juridiques, concordant assez mal les unes avec les autres, et beaucoup plus propres à égarer les députés (commissaires) qu'à les guider dans la rédaction du projet qu'on leur demandait. Il ressort manifestement de cet acte, éclairé par la conduite ultérieure de l'impératrice, qu'elle se proposait à la fois d'y donner une satisfaction théorique aux philosophes français, ses admirateurs, et de ne rien abandonner en pratique des prérogatives de sa souveraineté absolue.

Nous n'entrerons pas dans l'examen détaillé de cette commission, destinée à un échec certain d'avance, et qui n'aboutit en effet à aucun résultat.

Aussi réduisit-elle sa compétence dans toutes les questions, en les soumettant pour examen à des commissions spéciales qui travaillaient sous sa propre surveillance.

A partir de 1769, les questions législatives furent étudiées dans un *Conseil* qu'elle avait organisé en 1768, lors

de sa guerre contre la Turquie, pour la discussion de toutes les questions militaires. Ce conseil fut maintenu jusqu'au règne d'Alexandre I^{er}. Outre les questions militaires, il eut à en examiner beaucoup d'autres ; par exemple, en 1775, l'ensemble des lois relatives à l'organisation des gouvernements et mainte autre importante question administrative ou judiciaire.

Sous Paul I^{er}, la décadence du Sénat fut encore plus sensible : on le priva de ses attributions administratives et tout en développant ses fonctions judiciaires, on admit l'appel à l'Empereur des décisions prises par le Sénat.

Alexandre I^{er} voulut restaurer l'autorité très étendue dont jouissait le Sénat sous Pierre-le-Grand. Son Oukaze du 5 juin 1801 en est la preuve manifeste. Mais cette intention n'était pas conciliable avec le désir qu'avait ce prince d'introduire dans son empire la séparation des pouvoirs. Il importe de remarquer que, tout en ayant des velléités d'instituer un semblant de représentation nationale (1), il n'entendait nullement par cette expression « séparation des pouvoirs » l'abdication au profit de de quelque autorité que ce fût de l'un quelconque des pouvoirs qu'implique la souveraineté absolue (2). Il entendait simplement déléguer à des organes distincts l'exercice des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

(1) *Archives du Conseil de l'Empire*, t. I, 2^e partie.

(2) En effet, le pouvoir de cette représentation nationale n'aurait aucunement restreint le pouvoir absolu du souverain, puisqu'il se réservait le droit d'accepter ou de rejeter à son gré les lois que lui soumettaient les représentants.

L'examen du projet de rétablissement du Sénat dans ses droits et pouvoirs antérieurs fut confié à Nowossilzew : son avis fut que le Sénat, dont la composition n'inspirait aucune confiance au pays, ne pouvait être investi des fonctions de corps législatif. Quant au pouvoir exécutif, dans l'intérêt même de la mise à exécution des réformes que l'Empereur se proposait d'introduire, il fallait se garder de se lier les mains en le confiant au Sénat. Nowossilzew et ses amis, comptant en effet sur des réformes autrement larges et importantes que la restauration des anciens pouvoirs du Sénat, craignaient qu'elle ne leur fût un empêchement.

La discussion de ce projet aboutit, en 1802, à une nouvelle loi organique du Sénat parue le même jour que les lois organiques des ministères (1). Le Sénat y est qualifié d'institution suprême de l'Etat ; les ministres sont placés sous sa surveillance, le Sénat étant appelé à examiner leurs rapports (2).

Mais, en fait, les pouvoirs des ministres devinrent plus grands et la prétendue surveillance du Sénat se réduisit à une simple formalité, surtout du vivant d'Araktchéew. Le Sénat demeura donc encore, sous Alexandre I^{er}, plutôt une institution judiciaire qu'un conseil de gouvernement.

De nos jours, le Sénat est divisé en un certain nombre de départements, dont chacun constitue un collège auto-

(1) *Recueil complet des lois*, n° 20406.

(2) *Ibidem*, n° 20405.

nome ayant dans son ressort certaines catégories d'affaires. Nous nous bornerons, pour caractériser la compétence générale de ce corps considéré dans son ensemble, à citer parmi ses attributions le haut contrôle dans le domaine gouvernemental et exécutif, la surveillance de l'administration de la justice dans tout l'Empire, le contrôle sur la rentrée des impôts, l'interdiction des actes administratifs contraires à la loi, la recherche des moyens à employer pour atténuer la misère du peuple, le soin de veiller au maintien de l'ordre et de la paix sociale.

La loi considère le Sénat comme l'institution suprême à laquelle sont subordonnées toutes les autres institutions de l'Etat. Les décisions du Sénat dans les limites de sa compétence ont force obligatoire. Son pouvoir n'a d'autre borne que celui du souverain ; seul un ordre signé du souverain, peut arrêter l'effet d'un oukaze sénatorial (1). Toutes les difficultés qui peuvent être tranchées par l'application des lois existantes, le sont par le Sénat en dernier ressort. La compétence du Sénat a donc pour limite les lois existantes.

Ajoutons que la loi (2) confère au Sénat le droit d'initiative en matière législative. Gradowsky est d'avis que cette initiative du Sénat est moins étendue que celle des ministres : il argumente de ce qu'aucun article des lois organiques du Sénat ne rappelle expressément ce droit, tandis qu'en ce qui concerne les ministres, il est confirmé

(1) *Loi organique du Sénat*, art. 198.

(2) Art. 49, *Lois fondamentales*.

par l'article 197 des lois organiques des ministères (1). L'occasion pour le Sénat d'exercer le droit d'initiative qui lui appartient, lui est fournie par les affaires dont les lois existantes ne donnent pas la solution (2). Gradowsky pense avec raison que cette disposition de la loi, qui avait une grande portée alors que la législation russe se développait principalement à l'occasion des espèces concrètes soumises aux tribunaux, en a beaucoup moins aujourd'hui que ce développement a lieu sur la base des principes généraux du droit.

Il incombe au Sénat, depuis qu'il existe, de publier les lois (3). Aussi toute loi nouvelle est-elle envoyée à cet effet au Sénat sur l'ordre de l'Empereur. Il n'y a d'exception à cette règle, que pour les oukazes ayant un caractère secret. Ce droit de publier les lois appartient exclusivement au Sénat : aucun ministre ne peut en conséquence appliquer une loi sans l'avoir préalablement présentée au Sénat et sans avoir reçu de lui un oukaze, l'autorisant à prendre les dispositions nécessaires à cette application (4). C'est au Sénat qu'il appartient en outre de veiller à l'impression des lois nouvelles et de les faire parvenir à toutes les autorités. C'est à lui enfin qu'incombe le rôle de conservateur des lois. A ce titre le Sénat est compétent pour résoudre les conflits qui se produi-

(1) Gradowsky, *Principes du droit public russe*, St-Pétersbourg, 1887, liv. II, 290, 291.

(2) Art. 173 et 201 des lois organiques du Sénat.

(3) *Lois fondamentales*, art. 57.

(4) *Lois fondamentales*, art. 56.

raient entre les lois et les dispositions d'ordre administratif. Les autorités subalternes lui en réfèrent pour qu'il statue en dernier ressort : 1° sur les désaccords qui pourraient se produire entre les ordres suprêmes que leur ont fait connaître les ministres, et les lois ; 2° sur les instructions ministérielles contraires à la loi ; 3° sur les oukazes du Sénat lui-même, s'il s'y rencontre une disposition contraire aux lois ou aux intérêts de l'empereur (1).

(1) *Lois fondamentales*, art. 76, 78 ; *Lois organiques des ministères*, art. 232, 233 ; *Recueil des lois organiques de l'Etat*, art. 285, 286.

CHAPITRE III

DES ACTES LÉGISLATIFS DANS LE DROIT RUSSE ACTUEL. LEUR ÉLABORATION ; INSTITUTIONS QUI Y PARTICIPENT.

§ 1. — De la forme des actes législatifs.

Avant d'entrer dans l'étude de l'élaboration actuelle des actes législatifs en Russie et des institutions qui y participent, il convient d'indiquer sommairement quelles sont, dans le droit russe contemporain, les formes diverses que peuvent revêtir des actes de cette nature.

Nous en trouvons l'énumération dans l'article 53 des lois fondamentales, qui est ainsi conçu : « Les lois sont promulguées sous la forme de Codes (*oulogénié*), de statut (*oustave*), de loi organique (*outchrejdénié*), de lettres (*gramoty*), d'établissement (*pologénié*), de *nakaze* (instructions), de manifestes (*manifesty*), d'*oukaze*, d'avis du Conseil de l'Empire et de rapports honorés de la confirmation souveraine.

Note. — Les ordres souverains dans le domaine gouvernemental sont donnés en outre sous forme de *rescrits* et de *prikazy* (ordres). »

Les auteurs sont en désaccord sur le principe des distinctions ainsi faites par le législateur. Andréewsky (1),

(1) Andréewsky, *Le droit public russe*, p. 182.

s'inspirant de Spéransky (1), estime que la base de cette distinction doit être cherchée dans le contenu des actes législatifs. Rennenkampf (2) est d'avis que « la forme de nos lois est très variée, qu'elle dépend principalement de leur contenu et en partie de la manière dont elles sont promulguées. »

Gradowsky (3) pense que la considération du contenu de ces actes ne suffirait pas pour les distinguer les uns des autres : c'est ainsi qu'un *oukaze* peut, sans cesser d'être un *oukaze*, toucher à des parties absolument différentes de la législation. Cet auteur estime qu'il convient tout d'abord de répartir les actes législatifs en deux catégories : la première comprenant les actes législatifs généraux, c'est-à-dire s'étendant à tout un domaine du droit, et la seconde, les actes statuant sur des points particuliers. C'est des premiers seulement, qu'il serait vrai de dire que leur forme dépend de leur contenu ; tandis que, pour les seconds, leur forme ne dépend que du mode choisi pour leur promulgation.

Cela posé, cet auteur range dans la première catégorie les actes suivants : *l'oulogénié*, *l'oustave*, *l'outchrejdénié*, *le pologénié* et *le nakaze*.

(1) Spéransky, *Manuel de la connaissance des lois*, § 136, 138. L'avis de Spéransky paraît particulièrement important, parce que ce grand homme d'Etat est l'auteur des très notables projets qui ont été le point de départ de la législation russe actuelle.

(2) Rennenkampf, *Essais d'encyclopédie juridique*. Kieff, 1880, p. 89 sq.

(3) Gradowsky, *op. cit.*, t. I, p. 44.

L'*oulogénié* est la législation tout entière, ou une partie importante de la législation, systématisée après refonte générale de ses éléments. Ce terme correspond assez exactement au mot « Code » et s'oppose à celui de « Swod », qui désigne un recueil d'actes législatifs classés chronologiquement (1).

L'*outchrejdénié* est un ensemble de lois fixant l'organisation et le fonctionnement de diverses institutions gouvernementales (2) ; on peut traduire cette expression assez exactement par celle de « lois organiques » ;

L'*oustave* désigne l'ensemble des règles qui concernent le fonctionnement d'une partie quelconque de l'administration (3). Selon Rennenkampf (4), la différence assez vague entre l'*outchrejdénié* et l'*oustave* consiste en ce que le premier détermine le personnel composant les autorités collectives ou individuelles et indique brièvement leur compétence et leur mode d'action, tandis que l'*oustave* fixe leur mode et leurs moyens d'action. D'ailleurs le législateur emploie souvent ces termes l'un pour l'autre.

Le *nakaze* se distingue de l'*oustave* en ce qu'au lieu de définir le mode de direction d'une partie déterminée de l'administration, il fixe le mode d'action de

(1) C'est ainsi qu'en 1845 une partie des lois criminelles ont été codifiées sous le titre d' « *Oulogénié* des peines criminelles et correctionnelles ».

(2) Tels sont les *Outchrejdénia* du Sénat, des Ministères, du Conseil de l'Empire, du comité et du conseil des ministres, etc.

(3) Il y a des *oustavy* des douanes, de la censure, etc.

(4) Rennenkampf, *op. cit.*, p. 90.

tels organes particuliers de cette administration. Il faut ajouter qu'il concerne ordinairement l'action d'une autorité représentée par une seule personne (1).

L'expression *pologénié*, dont le sens étymologique, voisin de celui d'« établissement », est assez indéterminé, s'applique généralement à un ensemble de lois concernant des institutions sociales ou des classes (2).

Les lettres (*gramoty*) sont presque toujours relatives à la détermination de l'état des personnes et de leurs droits civils ; elles confèrent ordinairement des privilèges (3).

La seconde catégorie comprend des actes qui, sans changer de nom, peuvent avoir le contenu le plus variable et ne se différencient que par le mode de leur élaboration.

Les *rapports et avis du Conseil de l'Empire* désignent un acte législatif qui a été soumis à l'examen du Conseil de l'Empire et confirmé ensuite par l'Empereur. Selon notre auteur, en fait, les avis du Conseil de l'Empire donnent ordinairement les détails d'application des lois déjà existantes et précisent l'esprit de ces lois.

Les *oukazes* émanent directement du souverain. En pratique ils contiennent, soit des dispositions législatives

(1) Exemples : le *nakaze* général de 1853 aux généraux gouverneurs et gouverneurs.

(2) *Pologénié* concernant les paysans, 1861 ; *Pologénié* relatif aux institutions du Zemstvo.

3) La *Gramota* de la noblesse de 1785.

particulières, soit l'ordre d'appliquer des oukazes, pologènié, etc.

Le *manifeste* exprime la volonté du souverain dans une circonstance extraordinaire ou à propos d'une mesure particulièrement grave (1).

Le *rescrit* est ordinairement adressé par l'Empereur à un personnage déterminé (ministre, membre du Conseil de l'Empire, etc.). Il peut contenir aussi bien des remerciements à l'occasion de services rendus, que l'interprétation de lois antérieures ou l'établissement de lois nouvelles (2).

Les *prikazy* contiennent le plus souvent des dispositions relatives au service de l'Etat, à la collation des *tchines*, etc.

§ 2. — De l'élaboration des actes législatifs.

L'article 49 « des lois fondamentales » (1^{re} partie : Des droits de la puissance suprême) indique dans les termes suivants à qui appartient l'initiative en matière d'actes législatifs : « le projet de loi dans sa forme première est établi à la suite d'un avis particulier du pouvoir suprême et sur son ordre direct ; ou bien il est provoqué par le cours général des affaires, lorsque, leur examen par le Sénat gouvernant, par le très-saint-Synode ou par les ministères

(1) C'est sous la forme d'un *manifeste* qu'on a annoncé la guerre, la paix, la fin du servage, l'établissement du service militaire universel, obligatoire.

(2) C'est ainsi que, par un *rescrit* de 1865, adressé au ministre de l'intérieur, l'Empereur fixa les limites du droit qui appartient à certaines assemblées de pétitionner.

res, révèle la nécessité d'expliquer et de compléter les textes en vigueur ou d'introduire une disposition légale nouvelle. Dans ce dernier cas, ces institutions soumettent leurs propositions, selon l'ordre établi, à l'examen suprême. »

L'initiative en matière d'actes législatifs peut donc émaner soit de l'Empereur, soit de l'une des trois institutions (Sénat, saint Synode, ministères), qu'énumère l'article ci-dessus. Ce texte prévoit le cas où l'une de ces institutions dans l'examen des affaires de son ressort constaterait l'insuffisance de la loi. Chacune d'elles ne peut donc déposer de projet de loi, que dans les limites de sa compétence propre ; c'est à l'Empereur seul qu'appartient le droit général d'initiative en matière législative.

Remarquons, en outre, que les projets de lois nouvelles ou de modification aux lois existantes qui n'émanent pas du souverain, doivent lui être préalablement soumis, afin qu'il en autorise ou qu'il en refuse la discussion par les autorités compétentes (1).

Le droit d'initiative en matière législative appartient, non seulement aux institutions supérieures que nous venons d'énumérer (2), mais encore aux autorités dites

(1) V. l'article 2 des lois organiques du conseil des ministres et l'article 200 des lois organiques des ministères.

(2) Gradowsky (*Principes du droit public russe*, t. II, p. 182) distingue les organes de la puissance publique russe : 1° selon le degré de l'autorité qui leur est confiée ; 2° selon l'étendue de leur ressort ; 3° selon la nature de leur autorité ; 4° selon leur constitution.

1° Suivant le degré de l'autorité qu'elles exercent, toutes les institutions de l'Empire sont les unes « institutions d'administration suprême »,

subalternes. Toutes les fois que, dans l'exercice de ses fonctions, une autorité subalterne se trouve en présence

les autres « institutions d'administration subalterne » (Art. 80 et 81 des *Lois fondamentales*). Les premières ont pour mission d'assister l'Empereur dans l'exercice direct du gouvernement suprême ; elles n'ont aucune autorité distincte de la sienne, étant de simples organes consultatifs dont s'entoure le monarque : (Ex. Le conseil de l'Empire, le conseil des ministres, le comité des ministres, etc.). Les institutions de la seconde catégorie exercent dans les diverses branches de l'administration une action distincte de celle du souverain, mais en son nom et selon ses ordres ; dans les limites de leur compétence, que la loi détermine, elles jouissent donc d'une autorité relativement indépendante

Cette première distinction est une particularité du droit public russe, et ne serait guère concevable sous un régime constitutionnel.

Elle ne coïncide pas avec la classification des diverses institutions publiques, en « institutions supérieures » et « institutions inférieures », — classification visant les rapports hiérarchiques des institutions entre elles, et non plus, comme la précédente, leurs rapports avec le pouvoir suprême. Le comité des ministres et le Sénat, par exemple, sont des institutions supérieures à l'égard des institutions locales ; le Sénat est en même temps une institution d'administration subalterne et le comité des ministres une institution d'administration suprême.

2^o Cette classification hiérarchique concorde, dans ses lignes générales, avec celle des diverses institutions selon l'étendue de leur ressort. Les institutions centrales sont classées pour la plupart parmi les supérieures, les institutions locales, parmi les inférieures.

3^o Selon la nature de leur autorité, les institutions russes sont législatives, administratives ou judiciaires. Nous verrons, d'ailleurs, que la séparation de l'exercice des pouvoirs est loin d'avoir été complètement réalisée. Ainsi le Conseil de l'Empire, seule institution de caractère législatif, n'a pas l'initiative en cette matière : elle appartient aux organes du pouvoir exécutif ; en revanche, ce même Conseil a beaucoup d'autres attributions qui en font un Conseil de Gouvernement. Ainsi encore, le Sénat, corps judiciaire suprême, connaît de certaines affaires administratives.

4^o Les organes représentant la puissance publique se distinguent encore, selon leur constitution, en institutions « personnelles », « collégiales », ou « bureaucratiques ». Concentrée, dans le premier cas, entre les

d'une lacune ou d'une obscurité de la loi, elle doit la signaler à l'autorité placée au-dessus d'elle dans l'ordre hiérarchique. Si cette dernière ne peut, à son tour, résoudre la difficulté en s'inspirant directement de l'esprit de la loi, elle doit en faire l'objet d'un rapport au Sénat ou au ministère compétent (1). Avant 1864, cette disposition de la loi avait une portée générale, en ce sens qu'elle s'appliquait aussi bien aux autorités judiciaires qu'aux autorités administratives. Les tribunaux, comme les fonctionnaires administratifs, pouvaient ajourner la solution des affaires qui leur étaient soumises, en alléguant l'obscurité ou les lacunes de la loi. Depuis la publication des *oustaves judiciaires (soudiebnie oustavy)*, le déni de justice sous prétexte d'obscurité ou de lacune dans la loi est devenu un délit (2).

maines d'une seule personne, l'autorité appartient dans le second à une collectivité ; et, dans le troisième cas, la décision est prise par une seule personne, mais après délibération d'un corps compétent.

Comme la précédente, cette classification ne cadre pas exactement avec toutes les institutions. Le juge de paix est un exemple du premier type d'institutions, les tribunaux, du second, et les ministères, du troisième.

Enfin les diverses institutions de l'Etat russe se distinguent encore en institutions gouvernementales, institutions propres à une classe et institutions communes à toutes les classes ou sociales. Les premières représentent le pouvoir central, les secondes sont les organes de la gestion des intérêts propres aux diverses classes (noblesse, paysans) dans les limites très étroites de l'autonomie qui leur est laissée. Enfin les dernières sont les organes du self-government des *Zemstwo* et des villes.

(1) V. l'article 52 des *Lois fondamentales*.

(2) Articles 12 et 13 *Oustav Ougolownovo Soudoproiswodstwa* (Code

Jusqu'en 1884, la loi consacrait formellement le droit, pour les *corps constitués* et pour les particuliers, de présenter des propositions de lois sous forme de *pétitions*, remises aux représentants du pouvoir législatif. Mais de pareilles propositions de lois n'avaient pas la même importance que les projets émanés des autorités, dont nous avons parlé jusqu'ici. Ces derniers projets étaient toujours considérés comme engageant la question et provoquaient nécessairement un examen des autorités compétentes, quel que dût être d'ailleurs le résultat de cet examen. Au contraire, une proposition de loi faite par voie de pétition n'entraînait pas nécessairement un pareil examen et ne pouvait guère avoir qu'une influence morale. Elle était déposée à la commission des pétitions, qui, si elle trouvait la proposition digne d'attention, demandait à l'Empereur l'autorisation de la déposer au Conseil de l'Empire.

En 1884 la commission des pétitions a été supprimée, et l'examen des pétitions adressées à l'Empereur, attribué à la Chancellerie des pétitions. Mais l'article 5 (livre V,

d'instruction criminelle) ; articles 9 et 10, *Oustav Grajdanskavo Soudoproïswodstwa* (Code de procédure civile.).

L'article 136 *Outchrejdénie Soudiebnikh Oustanovlénii* (lois organiques des juridictions) promulguées en 1883, dit en substance, que, si au cours d'une affaire soumise aux tribunaux — il se révèle une lacune dans la loi, l'affaire n'en devra pas moins être jugée ; et que le procureur du tribunal de districts s'il estime nécessaire de provoquer une intervention législative, portera cette lacune à la connaissance du procureur près la Cour d'appel, lequel soumettra la question, s'il y a lieu, à l'examen du ministre de la justice.

II^e partie, tome 1 du *Recueil des lois*, édition de 1886) qui contient l'énumération des différents objets que peuvent avoir les pétitions, n'y fait pas figurer le droit pour les particuliers de demander des réformes législatives. On pourrait donc se demander s'il ne résulte pas de cette nouvelle rédaction l'abrogation tacite de ce droit. Sans entrer dans la discussion de cette question, remarquons en passant, que les mœurs générales et les coutumes administratives ne sont pas favorables à l'usage pratique de ce droit qui, en fait, n'est presque jamais exercé.

Le droit appartenant aux corps constitués (tels que les assemblées des diverses classes) de déposer des propositions de lois, n'a pas la même étendue pour tous ces corps. C'est ainsi que les assemblées de la noblesse peuvent charger le maréchal de la noblesse de transmettre de telles propositions au gouverneur, au ministre de l'intérieur, voire même, dans les cas graves, à l'empereur. Tandis que ni les assemblées de bourgeois, ni celles de paysans, ni peuvent en adresser directement à l'empereur. Chacune de ces classes ne peut, dans ses pétitions, toucher qu'aux questions concernant ses intérêts propres : elle ne doit en aucun cas soulever de questions se rattachant au gouvernement général du pays ou intéressant les autres classes ; un rescrit impérial adressé au ministre de l'intérieur en 1865 le dit formellement.

De quelque autorité qu'émane un projet de loi et quel qu'en soit l'objet (abrogation d'une autre loi, ou restric-

tion de son application à des cas déterminés, introduction d'une disposition nouvelle, interprétation d'un texte obscur, etc.), il doit être conçu en forme de loi, c'est-à-dire que rien dans sa forme ne doit faire obstacle à ce qu'il soit immédiatement inséré dans le recueil des lois au cas où il serait adopté (1).

§ 3. — Des institutions qui participent à l'élaboration des actes législatifs.

Le projet de loi subit une première élaboration par les soins de l'institution qui en a pris l'initiative. S'il s'agit d'une question particulièrement importante, exigeant des connaissances techniques, l'Empereur donne l'ordre de former une commission spéciale. Par exemple, en 1864, une commission spéciale fut chargée de l'élaboration des « *Soudiebnya Oustavy* » (oustaves sur l'organisation judiciaire); de même, en 1870, une commission fut instituée pour rédiger le « *Gorodovoïé Pologénié* » (loi sur l'organisation municipale); et en 1874, les dispositions relatives au service militaire furent encore l'œuvre d'une commission particulière.

Le corps spécialement institué pour examiner et élaborer les lois nouvelles est le Conseil de l'Empire, dont l'existence remonte aux réformes d'Alexandre I^{er}. Toutefois, afin que la loi nouvelle soit mise bien d'accord avec

(1) V. l'article 227, *Outchrejdénié Sénata*, note 2; Article 199, *Outchrejdénié ministerstv.*

l'ensemble de législation existante, comme aussi afin d'éclairer aussi complètement que possible la discussion à laquelle elle sera soumise en Conseil de l'Empire, la législation russe admet, dans certains cas, qu'elle soit préalablement soumise à l'examen des diverses institutions intéressées à sa promulgation.

A. Le Comité des ministres.

Les ministères qui, en fait, exercent le plus largement le droit d'initiative en matière d'actes législatifs, participent aussi dans une mesure importante à l'élaboration des projets de loi émanés d'eux. Il convient donc que nous nous arrêtions à l'étude de leur organisation.

La première loi organique des ministères (1802) porte des traces manifestes de précipitation.

Alexandre I^{er} voulait répartir l'exercice du pouvoir exécutif entre plusieurs ministres, afin d'imprimer une marche méthodique à la direction des affaires. Mais il ne concevait pas d'une manière très précise leur organisation, ni surtout quels seraient les rapports de cette institution nouvelle, d'une part avec le Sénat, auquel il reconnaissait le caractère d'institution suprême de l'Etat, et d'autre part avec le Conseil de l'Empire, auquel il voulait conférer l'exercice du pouvoir législatif. Il lui sembla que le meilleur moyen d'établir un lien entre ces diverses institutions, serait de faire des ministres des membres tant du Sénat que du Conseil de l'Empire. Par application de la même idée, il décida que les ministres ne

pourraient adresser leurs rapports à l'Empereur que par l'intermédiaire du Sénat ; et que le Conseil de l'Empire ne pourrait délibérer qu'en présence de cinq ministres au moins.

Non seulement les ministres prennent part à ces deux assemblées, mais, pour la discussion des affaires de moindre importance, ils en constituent une troisième, « le comité des ministres » (*komitète ministrov*).

A en juger par les termes de l'article XV du manifeste de 1802, l'Empereur concevait le comité des ministres comme une sorte de réduction du Conseil de l'Empire. Mais la pratique modifia sensiblement le caractère de cette institution ; et le comité des ministres devint la forme sous laquelle les ministres entrent collectivement en rapport avec l'Empereur. Quand un ministre avait à adresser à l'Empereur un rapport qui n'était pas soumis à l'examen du Sénat, il devait le communiquer préalablement à ses collègues réunis en comité des ministres.

A l'origine, le comité des ministres n'eut de pouvoirs propres et d'attributions déterminées, que dans des circonstances exceptionnelles, telles que l'absence de l'Empereur pour cause de guerre (1).

On ne saurait préciser le caractère du comité des ministres dans les premiers temps de son existence, tant étaient grands alors la confusion et l'enchevêtrement des attributions conférées aux institutions déjà existantes et à celles de création récente.

(1) Article 8, *Pravila de* 1805.

Les règles (*Pravila*) de 1805, définissent comme il suit la compétence du comité des ministres ; sont soumises au comité des ministres : 1° toutes les affaires au sujet desquelles le ministre doit adresser un rapport à l'empereur ; 2° toutes celles que l'empereur y envoie par ordre exprès ; 3° toutes celles qu'un ministre y apportera spontanément, parce qu'il hésite sur la solution à leur donner (1).

La loi organique de 1810 décida que les ministères ne doivent pas être considérés comme des administrations distinctes du Sénat, mais comme en faisant partie intégrante. Elle conféra expressément aux ministres le droit d'initiative en matière d'actes législatifs, mais les obligea à soumettre tous leurs projets de loi au Conseil de l'Empire. En outre, les ministres devaient porter toutes les affaires qu'ils avaient à trancher au Sénat, qui donnait lui-même une solution à celles auxquelles une loi existante était applicable et soumettait les autres à l'empereur. Grâce à ces réformes, le rôle du comité des ministres était devenu tellement indéterminé, qu'il fut question de le supprimer. Mais, en dépit de la loi organique nouvelle, l'on continua de soumettre au comité des ministres un nombre si grand d'affaires si variées, que son activité, loin de décroître, fut plus intense que jamais ; et le comité subsista beaucoup plutôt par la vitalité dont il fit ainsi preuve, que par la volonté du législateur.

(1) *Recueil complet des lois*, n° 21896, art. 5.

Depuis 1850 la compétence du comité des ministres s'est accrue par l'effet de différentes dispositions législatives. Les affaires que chaque ministre ne peut décider en vertu de son seul pouvoir et que, d'autre part, la loi ne fait pas entrer dans la compétence du Sénat, sont portées au comité des ministres, pour être ensuite soumises au souverain. Ce comité continue de connaître en outre des affaires sur la solution desquelles un ministre hésite, ou pour lesquelles le concours de diverses administrations est indispensable, ou enfin de celles que le souverain y fait porter par ordre exprès. Il existe enfin toute une catégorie d'articles, dans les « Lois organiques du comité des ministres » contenant l'énumération d'affaires qui sont, par leur nature, du ressort particulier du comité. Nous ne croyons pas nécessaire de donner cette énumération contenue notamment dans l'article 26 de ces lois organiques.

Il ne dépend pas du Comité de se saisir lui-même des affaires qui sont de sa compétence : il en est saisi, soit par l'ordre du souverain, soit par la volonté de l'un des ministres. Comme d'ailleurs le comité ne peut prendre aucune décision qui, pour devenir définitive, ne doive être soumise à l'empereur, il doit être considéré comme une institution délibérative et consultative sans pouvoir propre.

B. *Le conseil des ministres.*

Le « conseil des ministres » a été organisé en 1861. Son apparition fut provoquée par le besoin d'intro-

duire dans le gouvernement une unité qui avait achevé de disparaître avec l'introduction des rapports directs des ministres à l'empereur.

Le but du souverain, en organisant le conseil des ministres, était de créer une institution consultative dans le domaine administratif, gouvernemental et exécutif. Mais la confusion des attributions qui semble être un trait essentiel du droit russe, fit conférer à cette institution gouvernementale un droit d'examen en matière législative. L'initiative des actes législatifs appartient aux ministres, mais leurs projets de lois doivent être discutés par le Conseil de l'Empire. En instituant le conseil des ministres, on n'a rien voulu changer à cet état de choses : on a voulu seulement faire précéder la discussion en Conseil de l'Empire d'une délibération entre les ministres, destinée à empêcher que des propositions contradictoires ou peu cohérentes, émanant de ministres différents, ne soient apportées au Conseil de l'Empire. Ainsi donc, depuis que le conseil des ministres existe, tout ministre qui veut proposer une loi nouvelle, commence par demander au souverain l'autorisation de la faire connaître et discuter en conseil des ministres. Après que cette discussion a eu lieu, il demande à nouveau à l'empereur l'autorisation de soumettre son projet au Conseil de l'Empire.

Le comité des ministres et le conseil des ministres ne font pas double emploi : car les affaires qui sont discutées dans ce dernier conseil, sont celles qui doivent

l'être en la présence de l'empereur : le souverain préside en effet le conseil des ministres.

La compétence du conseil des ministres est loin d'être déterminée : en somme le souverain peut y faire discuter telle question qu'il lui plaira. Aucune question ne saurait d'ailleurs être portée devant ce conseil sans l'autorisation préalable de l'empereur.

Le conseil des ministres comprend, outre les ministres, les directeurs généraux (*Glavnooupravliayouchchié*) jouissant des droits de ministre, et toute personne que le souverain jugera bon d'appeler à y siéger ; enfin le secrétaire du gouvernement près le Conseil de l'Empire (*Gosoudarstvenny Sékrélar*). La présence de ce dernier membre est nécessaire lors de la discussion des questions législatives.

Les séances du conseil des ministres ont lieu quand il plaît à l'empereur. C'est encore lui qui en fixe l'ordre du jour.

G. *Le Conseil de l'Empire.*

Il fut créé par Alexandre I^{er} pour réaliser la séparation des pouvoirs ou, plus exactement, la séparation de l'exercice des pouvoirs. Dans sa pensée le Conseil de l'Empire devait être l'organe du pouvoir législatif, tandis que le Sénat, comme nous l'avons vu, devait être l'institution judiciaire suprême, le comité des ministres centralisant l'administration.

Le Conseil de l'Empire, tel qu'il a été conçu en 1810,

n'a rien de commun avec aucune des institutions qu'avait connues la Russie jusqu'au début du XIX^e siècle.

Aucun souverain avant Alexandre I^{er} n'avait, en effet, tenté de réaliser d'une façon pratique et durable une institution spécialement chargée d'élaborer les lois.

Disons rapidement quelles sont actuellement la composition et l'organisation du Conseil de l'Empire.

Tous les membres ordinaires et extraordinaires en sont nommés par l'empereur. Les ministres seuls en font partie de droit.

Le Conseil de l'Empire se divise en quatre départements. Certaines affaires (1) sont décidées en premier et dernier ressort dans les départements. Les affaires plus importantes, après un examen préalable dans un des départements, sont étudiées en assemblée générale et enfin soumises à la décision suprême de l'empereur.

Les quatre départements sont : 1^o celui des lois, qui examine tous les projets de lois ayant une portée générale ;

2^o Le département des affaires militaires et maritimes (2) ;

3^o Le département des affaires civiles et religieuses (3), qui connaît des affaires religieuses et de police.

4^o Le département d'économie politique (*départamiente*

(1) V. les articles 48 et 49 de l'*Outchrédénie Gosoudarstvvennavo Soviéta*.

(2) En fait ce département n'existe pas.

(3) Avant la publication des *oustavy* judiciaires, ce département statuait sur les affaires judiciaires renvoyées au Conseil de l'Empire.

Gosoudarstvennoï Economii), dont la compétence est particulièrement large, et s'étend aux affaires industrielles, financières, scientifiques, etc. (1).

Dans certains cas, les quatre départements se réunissent en assemblée générale avec ceux des membres du Conseil de l'Empire qui ne font pas partie des départements (les ministres sont dans ce cas). L'assemblée générale est présidée, en principe, par l'empereur, et en son absence par un membre qu'il désigne.

Les ministres ne sont pas obligés d'assister en personne aux assemblées des départements; mais ils peuvent s'y faire représenter par leurs adjoints (*tovarichtchiminstra*) ou par leurs directeurs. L'avis du ministre sur une question soumise à l'assemblée d'un département, est d'une grande importance : si le département ne se range pas à son opinion, le ministre peut provoquer une nouvelle délibération sur la même question.

C'est au secrétaire du gouvernement près le Conseil de l'Empire (*Goussoudarstvenniy Sékrétar*), que sont adressées toutes les affaires destinées à être soumises au Conseil. Il est chargé de s'assurer qu'elles sont bien de la compétence du Conseil, de veiller à ce que toutes les formalités soient remplies ; et, en ce qui concerne les projets de loi, de réunir tous les renseignements nécessaires à leur discussion.

Les séances du Conseil de l'Empire ne sont pas publiques.

(1) Article 25, *Outchrédénie Gosoud. Soviéta*.

En principe, les décisions du Conseil de l'Empire ne sont obligatoires que si elles sont confirmées par l'empereur. Cette confirmation peut être donnée soit par écrit, soit verbalement. La confirmation par écrit est nécessaire en particulier pour toute loi nouvelle (1).

Il nous reste à étudier la compétence du Conseil de l'Empire en matière législative, pour donner une idée de l'ensemble de ses pouvoirs ; et à dire quelques mots aussi sur sa compétence en matière gouvernementale et judiciaire.

Le manifeste publié lors de la création du Conseil de l'Empire précise très nettement son objet : « sa mission générale est de garantir la légalité dans l'administration publique ; l'objet essentiel de sa compétence, ce sont les questions législatives. » Ce passage du manifeste est confirmé par les XVI lois fondamentales (*Korennijé Zakony*) qui ont précédé les lois organiques du Conseil de l'Empire.

Il résultait de ces lois fondamentales, que tous les projets de lois devaient être présentés au Conseil de l'Empire et examinés par lui. De tout temps il a fallu que ces projets fussent sanctionnés par l'empereur pour devenir des lois. La loi organique du Conseil de l'Empire de 1810 déclara à son tour qu'une loi ne pouvait être publiée qu'après examen par le Conseil de l'Empire. Elle ajoutait que l'empereur ne tiendrait compte que de l'opinion de la

(1) Pour les autres cas où la confirmation écrite de l'empereur est nécessaire : V. l'article 105, *Outchréj. Gosoud. Soviéta*.

majorité de ce Conseil, soit qu'il l'acceptât, soit qu'il le rejetât entièrement.

L'opinion de la minorité était sans valeur propre. Toutefois, ceux des membres du Conseil qui ne s'étaient pas ralliés à l'opinion de la majorité, avaient un délai de huit jours pour faire part de leur opinion propre au secrétaire du gouvernement, qui la joignait au procès-verbal porté à la connaissance de l'empereur. Si ce dernier trouvait qu'une de ces opinions méritât un intérêt particulier, il pouvait ordonner une nouvelle délibération du Conseil de l'Empire.

Si ces premiers principes de la compétence du Conseil de l'Empire eussent été appliqués, cette assemblée eût été effectivement un Conseil législatif, investi d'un pouvoir propre, qui limitait celui de l'empereur. Mais celui-là même qui les avait posés, l'empereur Alexandre I^{er}, ne tarda pas à s'en écarter : il lui plaisait assez de donner au monde des preuves de son libéralisme, pourvu qu'il ne lui en coûtât aucune parcelle de son pouvoir absolu. Et il lui arriva plus d'une fois de faire des lois sans consulter le Conseil de l'Empire.

En 1842, fut publiée une nouvelle loi organique du Conseil de l'Empire. On voulut, tout en maintenant les principes primitivement établis, faire entrer dans cette nouvelle loi un certain nombre de modifications particulières intervenues depuis 1810. Mais ces prétendues modifications de détail ne furent pas sans entraîner des changements dans ces principes mêmes.

La loi organique de 1842 est encore actuellement en vigueur.

Nous allons trouver dans l'ensemble du droit russe, à côté d'articles qui consacrent en termes formels et généraux les droits du Conseil de l'Empire en matière législative, d'autres dispositions qui les restreignent singulièrement.

L'article 1^{er} de la loi de 1842 est ainsi conçu : « Dans le domaine des institutions gouvernementales, le Conseil de l'Empire constitue un corps où toutes les parties du gouvernement, dans leurs rapports essentiels avec la législation, se combinent ; et c'est par lui qu'elles s'élèvent jusqu'à la puissance suprême de l'Empereur. »

L'article 50 des lois fondamentales consacre dans les termes suivants le droit d'examen du Conseil de l'Empire en matière législative : « Tous les projets de loi seront examinés en Conseil de l'Empire, puis soumis à l'appréciation suprême et ne deviendront exécutoires que par l'action du pouvoir autocratique. »

L'article 161 des lois organiques des ministères vient encore confirmer les attributions législatives du Conseil de l'Empire : « le Conseil de l'Empire est le centre où doivent aboutir toutes ces propositions (propositions de lois ordinaires et de lois organiques émanées des ministres) ; aucune mesure soumise à l'examen et à la décision préalables du Conseil de l'Empire en vertu de sa loi organique, ne saurait être présentée à Sa Majesté impériale sans avoir passé par ce conseil. »

Ces trois textes de lois, promulgués à des époques différentes, ne semblent laisser aucun doute sur la nécessité de soumettre toute loi à un examen préalable du Conseil de l'Empire.

Les exceptions au principe sont contenues dans les deux notes additionnelles de l'article 50 ci-dessus rappelé, dans l'article 55 des lois fondamentales et dans l'article 165 des lois organiques des ministères.

Les notes de l'article 50 (lois fond.) retranchent de la compétence du Conseil de l'Empire les lois militaires ou maritimes, dont l'examen, exigeant des connaissances spéciales, est attribué pour les unes au Conseil militaire, pour les autres au Conseil de l'Amirauté.

Quant à l'article 55 des lois fondamentales, il déclare que : « les dispositions ayant pour objet de compléter ou d'expliquer la loi, lorsqu'elles établissent simplement son mode d'exécution ou qu'elles fixent son véritable esprit, peuvent être, en vertu d'ordres suprêmes verbaux, promulguées sous forme d'oukazes, dont la publication incombera aux institutions et aux personnes auxquelles la puissance suprême aura donné pouvoir à cet effet. »

L'article 165 des lois organiques des ministères vise les projets de lois intéressant plusieurs ministères. Ce texte, après avoir astreint les divers ministres intéressés à s'entendre pour la rédaction de tels projets, dit qu'ils seront transmis par les voies légales à l'empereur, à moins qu'un ordre émané de Sa Majesté impériale ne prescrive qu'ils lui soient directement soumis.

Il pourrait sembler, au premier abord, que les dispositions contenues dans les textes que nous venons de citer, ayant toutes un caractère exceptionnel, doivent être d'application et d'interprétation strictes. C'est à cette condition seulement qu'il serait permis d'affirmer l'existence réelle du droit d'examen appartenant en principe au Conseil de l'Empire. Mais l'on peut remarquer en premier lieu, que, sous prétexte de compléter une loi ou de l'expliquer, rien n'est plus facile que de la transformer au point de la rendre méconnaissable. Ce procédé permettrait d'enlever toute portée pratique au principe général maintenu théoriquement.

En admettant même que le législateur ait eu l'intention de faire réellement du Conseil de l'Empire un corps dont l'intervention en matière législative fût nécessaire, force nous est bien de constater avec les auteurs mêmes qui affirment cette intention, qu'il arrive chaque jour au souverain de prendre une disposition législative sous forme d'oukaze (1), c'est-à-dire sans intervention du Conseil de l'Empire ; et cela en dehors des hypothèses exceptionnelles où les textes écartent cette intervention.

Nous ne pensons pas d'ailleurs que l'intention du législateur ait été ce que l'on dit. En instituant le Conseil de l'Empire, Alexandre I^{er} n'a pas voulu en faire une institution dont l'intervention s'imposât désormais au sou-

(1) Lorsque le Conseil de l'Empire intervient, la forme de l'acte législatif n'est plus l'oukaze, mais « l'avis du Conseil de l'Empire revêtu de la sanction suprême ».

verain en matière législative, mais un corps d'une compétence particulière dans ce domaine, et qui serait généralement appelé à examiner les projets de lois.

Nous avons dit que la compétence du Conseil de l'Empire n'était pas exclusivement législative. L'article 23 des lois organiques du Conseil de l'Empire énumère, en effet, toute une série d'affaires très diverses sur lesquelles le Conseil de l'Empire peut être appelé à donner son avis. Citons, à titre d'exemple, les mesures à prendre pour assurer la meilleure exécution des lois, la déclaration d'une guerre, la conclusion d'une paix, l'établissement du budget, etc., etc. L'article termine cette longue énumération en disant que le Conseil de l'Empire examinera toutes affaires qui y seront portées d'ordre de l'empereur, ce qui revient à dire, que dans le domaine gouvernemental la compétence du Conseil de l'Empire dépend en somme du bon plaisir du souverain. En fait, le Conseil de l'Empire est un véritable Conseil de gouvernement.

Quant aux attributions judiciaires du Conseil de l'Empire, elles étaient assez larges à l'origine, mais ne lui avaient été conférées qu'à titre provisoire, en attendant l'organisation définitive des juridictions. Le 29 mai 1869, un avis du Conseil de l'Empire revêtu de la sanction suprême réduisit beaucoup ces attributions, en autorisant le ministre de la justice à soumettre directement à la confirmation du souverain certaines décisions du Sénat, qui,

antérieurement, étaient examinées par le Conseil de l'Empire. Citons parmi les attributions judiciaires qui appartiennent encore au Conseil de l'Empire : le rôle de juridiction d'instruction qu'il est appelé à remplir lorsque des ministres, généraux, gouverneurs ou autres fonctionnaires des trois premiers *tchines* sont inculpés de crimes et que l'Empereur juge qu'il y a lieu de les mettre en accusation.

CHAPITRE IV

DE LA DISTINCTION POSSIBLE ENTRE LA LOI ET L'OUKAZE DANS LE DROIT RUSSE ACTUEL.

Après avoir examiné les diversés institutions qui interviennent dans la préparation ou la confection des actes législatifs, nous devons nous demander si la distinction entre la loi et l'ordonnance en Russie, sous un régime essentiellement autocratique, a quelque fondement.

L'opinion de la majorité des jurisconsultes français et allemands est que, sous un régime autocratique, on ne saurait établir de différence juridique entre la loi et l'ordonnance ; car si le monarque n'est pas limité dans son droit de légiférer par les représentants du peuple, toutes ses ordonnances vaudront des lois (1).

Certains jurisconsultes allemands, tels que Lorenz von Stein et Hänel (2), n'admettent pas davantage que la loi puisse être distinguée de l'ordonnance sous un régime républicain. Mais ici c'est, à leur avis, la loi qui ne laisse aucune place à l'ordonnance.

(1) Unger, *System des oesterreich. allgem. Privatrechts*, 3 Aufl. 1868, B. I ; S. 26 ; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, S. 366.

(2) L. V. Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre*, 3 Aufl. 1888, S. 102 ; Hänel, *Das Gesetz*, 1888, S. 45.

Des jurisconsultes russes, tels que Meyer, Rennenkampf, Romanowitch-Slowatinsky, Alekséew, etc. nient aussi la possibilité d'une différence en Russie entre les divers actes législatifs.

Gradowsky fut le premier à soutenir l'existence de cette différence ; plus tard Korkounoff reprit cette question, que Gradowsky n'avait traitée qu'accessoirement, et en fit l'objet d'une étude consciencieuse et approfondie.

Nous exposerons le plus clairement possible les arguments invoqués par Korkounoff pour établir que, dans tout Etat, qu'il soit monarchique ou républicain, il peut exister deux sortes d'actes législatifs, contenant les uns comme les autres des règles juridiques générales, mais dans des domaines différents, et ayant une valeur juridique différente.

D'après cet auteur, dire que la loi ne peut être distinguée de l'ordonnance que sous un régime fondé sur la séparation des pouvoirs, c'est d'abord méconnaître qu'un autre régime est également compatible avec une différence tout au moins formelle entre ces deux actes. Il est bien évident que la différence particulière de forme entre la loi et l'ordonnance qui se rencontre nécessairement sous un pareil régime, la loi étant l'œuvre du pouvoir législatif et l'ordonnance émanant du pouvoir exécutif, ne saurait se retrouver dans un pays où ces deux pouvoirs sont réunis dans les mêmes mains. Mais il peut y avoir d'autres différences de forme, d'où résulteront pour les actes

émanés de cette autorité unique des différences quant à leur valeur juridique : « chaque organisation politique a ses formes particulières, mais dans ces formes diverses peut s'exprimer une diversité de formations commune à tous les régimes » (1).

« Ce qui caractérise l'oukaze (ordonnance), c'est qu'il est la forme dans laquelle sont établies les règles générales dans l'ordre administratif (2). » Pour qu'on puisse distinguer la loi de l'ordonnance, il suffit donc qu'il existe deux formes distinctes et subordonnées l'une à l'autre pour l'établissement des règles juridiques générales. Les règles générales administratives doivent être exprimées dans celle des deux formes qui est subordonnée à l'autre. Il sera donc légitime de faire une distinction entre la loi et l'ordonnance dans tous les pays où il est admis que des règles juridiques générales peuvent être posées non seulement sous la forme d'actes législatifs proprement dits, mais encore sous la forme ordinairement usitée pour l'établissement des règles administratives. Tout se ramène donc pour Korkounow à la question de savoir si, dans d'autres pays que ceux qui connaissent la séparation des pouvoirs, il existe deux formes distinctes pour l'établissement des règles juridiques générales, applicables l'une dans le domaine législatif, l'autre dans le domaine administratif.

(1) Korkounow, *Zakone i Oukaze*, Pétersbourg, 1894, p. 292.

(2) *Ibidem*.

Ceux qui soutiennent l'assimilation nécessaire de la loi et de l'ordonnance sous un régime de monarchie absolue, se fondent sur cette idée que des actes émanés d'un même pouvoir ne sauraient être doués d'une autorité différente. Cette manière de voir semble absolument fausse à Korkounow. Il invoque en sens contraire l'exemple des tribunaux, dont les sentences sont tantôt en dernier ressort et tantôt sujettes à appel. Il argumente aussi de la différence incontestable qui existe, dans les pays à régime constitutionnel, entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires, bien qu'elles soient les unes et les autres l'œuvre du même pouvoir législatif. Cet exemple prouve bien, à son avis, que du même pouvoir peuvent émaner, sous deux formes distinctes, deux sortes d'actes essentiellement différents.

De même que nous voyons le même pouvoir législatif faire dans un pays constitutionnel tantôt une loi constitutionnelle, tantôt une loi ordinaire, de même rien ne s'oppose à ce que le souverain absolu promulgue tantôt des lois, tantôt des ordonnances, en employant pour les unes et les autres, un mode d'élaboration différent. En effet, aussi bien dans une monarchie absolue que sous un régime constitutionnel, des institutions diverses, dont l'objet est de seconder le souverain dans son activité législative et administrative, peuvent collaborer à la loi ou à l'ordonnance.

Pour Korkounow, la différenciation des lois et des ordonnances dans tout État est une condition du développe-

ment normal de l'activité gouvernementale. Il lui semble impossible que le monarque se borne à poser des principes juridiques généraux, en abandonnant à l'administration subordonnée le soin de statuer sur toutes les mesures d'application. Le monarque, qu'il soit constitutionnel ou autocrate, en tant que personnification de la puissance d'État, est appelé à diriger l'administration gouvernementale ; c'est le monarque qui tranche les questions de politique extérieure ou intérieure, c'est lui qui nomme les ministres et dirige leur action. Les instructions qu'il leur donne s'inspirent surtout des exigences du moment. Il importe donc que le monarque ait à sa disposition deux formes d'actes pour la promulgation des règles juridiques générales, l'une destinée à l'expression des règles durables, ayant la portée des principes directeurs, l'autre contenant des dispositions générales aussi, mais que provoquent des circonstances temporaires.

Pour que cette spécialisation des formes soit possible, il n'est pas du tout nécessaire que le pouvoir du monarque soit limité ; serait-il illimité, qu'il pourrait recourir à deux formes distinctes pour deux catégories d'actes dont les uns ont une portée et une stabilité plus grande que les autres.

Korkounow pense même qu'un monarque absolu a moins de raisons qu'un monarque constitutionnel d'enfreindre cette distinction fondée sur la nature même des choses : car il n'aura pas, comme ce dernier, la tentation d'étendre son pouvoir en empiétant sur les droits de la

représentation nationale et de prendre sous la forme d'actes administratifs des décisions de nature législative.

Korkounow ne considère pas comme sérieuse cette objection, que la distinction entre la loi et l'ordonnance est illusoire si le choix entre l'une ou l'autre de ces deux formes dépend du bon vouloir du souverain, et que par conséquent la distinction n'est réelle que si elles émanent d'autorités distinctes.

A l'en croire, l'étude des monarchies constitutionnelles nous prouve que la participation de la représentation nationale à la législation ne suffit pas à assurer le respect de la distinction qui nous occupe, si les tribunaux n'ont pas le droit de contrôler la constitutionnalité des ordonnances.

En Prusse, les lois sont faites conjointement par les deux Chambres et le roi (1). Les ordonnances de ce dernier ne peuvent avoir pour objet que d'assurer l'exécution des lois existantes. Par exception, pendant les vacances des Chambres, il peut prendre des ordonnances ayant force de loi, mais à la condition qu'elles ne contrediront aucune disposition constitutionnelle. Elles engagent d'ailleurs la responsabilité collective du ministre et doivent être confirmées par le Parlement dès sa

(1) Art. 62 de la Constitution de la Prusse.

Stockmar, « *Studien zum preussischen Staatsrecht* », in der « *Zeitschrift für deutsches Staatsrecht u. deutsche Verfassungsgeschichte* », herausgegeben von J. K. Aegidi, B. I. H. II. 1865.

réunion. Mais ces restrictions sont dépourvues de toute sanction effective (1). Il en résulte qu'en réalité cette limitation théorique du pouvoir législatif du roi constitutionnel est illusoire ; car les tribunaux n'étant pas, en Prusse, compétents pour vérifier la constitutionnalité des ordonnances, sont obligés de les appliquer quel que soit leur contenu et qu'elles aient été ou non confirmées par le Parlement. C'est à ce dernier qu'il appartient d'apprécier cette constitutionnalité ; mais comme, jusqu'à présent, aucune loi n'a précisé les conditions de la responsabilité ministérielle, le Parlement ne dispose d'aucun moyen de provoquer l'abrogation d'une ordonnance royale inconstitutionnelle, ni d'en faire connaître l'illégalité aux tribunaux. Ces derniers ne sont censés en être informés, que par l'insertion dans le *Recueil des lois* de la déclaration de l'illégalité de l'ordonnance par le Parlement ; or, il n'existe aucun moyen de contraindre le gouvernement à faire cette insertion.

De même en Suisse, l'absence de définition précise dans la Constitution (2), rend possible l'abrogation d'une loi par une ordonnance.

Ces exemples nous prouvent que la subordination des ordonnances aux lois ne dépend ni de l'existence d'une représentation nationale, ni de la responsabilité ministérielle, mais du droit conféré aux tribunaux de vérifier

(1) Stockmar, *Der allgemeine juristische Charakter der preussischen Verfassung*. S. 179.195.

(2) Salis, *Schweizerisches Bundesrecht*, 1891, 1 ; S. 397.

la légalité des ordonnances avant de les appliquer. Elle peut donc aussi bien exister dans un pays de monarchie absolue que dans un pays constitutionnel.

Tous les jurisconsultes russes qui admettent la distinction de la loi et de l'oukaze, la font commencer à la création du Conseil de l'Empire, appelé à examiner tous les projets de loi, mais non les projets d'oukazes. Ils s'accordent, en effet, à reconnaître qu'aucune trace de cette distinction ne se rencontre dans le droit russe antérieur. La seule différenciation qui existât au XVIII^e siècle, était celle qu'on y rencontrait entre les oukazes impériaux écrits et les oukazes impériaux verbaux : à certaines époques le souverain déclara que, pour être obligatoires et légaux les oukazes devaient être signés de lui. Cette règle fut à peu près observée sous Pierre I^{er} ; sous les autres souverains elle ne le fut guère que par intermittence. Bien qu'Alexandre I^{er} ait eu, au début de son règne, la velléité de supprimer l'emploi des oukazes verbaux, il en prit un grand nombre par la suite §

Dans son projet d' « *Oulogénié Gosoudarstwennykh Zakonow* », Spéransky cherche à préciser les caractères qui distinguent la loi des mesures d'exécution. Les lois sont pour lui de deux sortes : 1^o « les dispositions qui introduisent une modification quelconque dans les rapports des forces gouvernementales et dans les rapports des particuliers entre eux » ; 2^o « les dispositions qui, sans introduire aucun changement essentiel, ne font qu'organiser

l'exécution des premières. » Les premières doivent être l'œuvre du pouvoir législatif, les dernières celle du pouvoir exécutif. Puis il énumère les dispositions qu'il convient de ranger dans la première catégorie et celles qui doivent figurer dans la seconde.

Il résulte de cette classification, que Spéransky distinguait les lois aussi bien quant à leur contenu (matériellement), que quant à leur forme (formellement). Pour qu'une disposition soit une loi, il faut, à son avis, non seulement qu'elle soit l'œuvre des institutions investies du pouvoir législatif, mais aussi qu'elle contienne une règle juridique générale.

Pour ce qui est des oukazes verbaux l'« *Obrazovanié Gosoudarstvennovo Sowiéta* » (organisation du Conseil de l'Empire) ne s'en occupe pas. C'est « l'*outchrejdiénié ministerstw* » qui, dans son article 190 actuel, prescrit au cas où l'empereur, dans un oukaze verbal, notifié par un ministre, aurait abrogé une loi ou un oukaze signé de lui, de surseoir à l'application de cet oukaze verbal, d'adresser un rapport à ce ministre et, au cas où il l'aurait confirmé, de le soumettre au Sénat. Cet article de l'*outchrejdiénié ministerstw* a, aux yeux de Korkounow, une importance particulière ; il fait en effet, à son avis, une distinction entre la loi et les ordonnances, en disant qu'un oukaze verbal ne peut abroger une loi, alors même qu'elle ne serait pas signée par l'Empereur, tandis qu'il peut abroger un oukaze non signé de lui.

D'ailleurs l'intention du législateur de distinguer la

loi de l'oukaze, résulte clairement des travaux préparatoires du *Swod Zakonow*.

Le 4 janvier 1826, Spéransky s'adressa au « Comité », lui demandant de définir plus exactement les droits reconnus aux ministres de commenter la loi. En répondant à cette question, le Comité fut amené à donner des définitions de la loi, de l'*outchrejdénié* et de l'*oustave* (1). La « loi » définit les droits, les obligations et, d'une façon générale, les rapports des sujets de l'Etat avec le Gouvernement et entre eux ; l'« *outchrejdénié* » le but, l'organisation, la compétence d'une institution quelconque, établie ou confirmée par le Gouvernement ; l'« *oustave* » les formes et le mode de fonctionnement de ces institutions. Le « Comité » avait en outre décidé que les ministres ne devaient pas avoir le droit de compléter, ni de commenter les lois, tandis qu'ils avaient ce droit pour l'*outchrejdénié* et l'*oustave* sous certaines conditions, destinées à prévenir les abus. Peu de temps après, le « Comité », restreignant encore les attributions ministérielles sur ce point, décida que les ministres ne pourraient que commenter les *outchrejdéniés* et les *oustaves* : le droit de les compléter fut transféré au Sénat.

Korkounow conclut de ce qui précède, que l'on distinguait à cette époque la loi de l'ordonnance, tout en laissant subsister la différence antérieurement reconnue entre

(1) Spéransky et ses contemporains se servaient des mots « *outchrejdénié* » et « *oustave* » et non du terme « *oukaze* », pour opposer à la loi les actes promulgués afin d'en organiser l'application.

l'*oukaze* écrit et l'*oukaze* verbal. Il ajoute que le *Swod Zakonow*, comprenant à la fois des dispositions qui visent la première différence et d'autres dispositions qui se rapportent à la dernière, sans d'ailleurs observer une terminologie précise, il est devenu avec le temps plus difficile de démêler l'intention précise du législateur.

Tout ordre de l'empereur n'est pas une loi, dit Korkounow; et pour établir que de nombreux textes opposent la loi aux dispositions d'ordre gouvernemental ou administratif, il invoque les arguments suivants :

1^o Le fait qu'il n'est pas traité dans le même chapitre des lois fondamentales, des lois proprement dites et « de la puissance administrative suprême » ;

2^o Les articles 73 et 77 des lois fondamentales : l'article 73 est conçu dans les termes suivants : « L'abrogation d'une loi existante se réalise par les mêmes modes qui ont été plus haut indiqués pour l'élaboration des lois. Une loi générale et portée à la connaissance du peuple entier ne peut être abolie que par une autre loi générale. Un *oukaze*, promulgué après avoir été signé de la main même du souverain, ne peut être abrogé « que par un *oukaze* semblable, signé de la main même du souverain ». Cet article établit bien clairement l'existence de deux catégories différentes d'actes, douées d'une autorité inégale et manifeste l'intention du législateur de ne pas les confondre.

Le paragraphe 1^{er} de l'article 77 (lois fondamentales), que nous avons mentionné plus haut, est ainsi conçu :

« Si une instruction d'un ministre faisant connaître un ordre suprême, abroge une loi ou un *outchrejdénié* promulgué sous la signature du souverain, l'autorité subordonnée à ce ministre doit, avant de mettre cet ordre à exécution, lui en référer. » Korkounow invoque ce texte, parce qu'il y trouve une distinction faite entre la loi et l'*outchrejdénié*. Cet article limite en effet à l'*outchrejdénié* seul l'exigence de la promulgation sous la signature de l'empereur, pour que la disposition soit applicable.

Observons, dès maintenant, que, dans l'édition de 1811 et dans les éditions suivantes, le mot « promulgué » n'est plus au singulier, mais au pluriel et se rapporte par conséquent aussi bien à « loi » qu'à l'« *outchrejdénié* ». Ce changement, qui réduirait à néant l'argument de Korkounow, est considéré par lui comme le résultat d'une inadvertance ;

3° La note de l'article 53 (lois fondamentales), est ainsi conçue : « Les ordres suprêmes en matière administrative sont publiés, outre les formes précédentes, sous celles de *rescrit* et de *prikazy*. » Korkounow fait observer que cette note, si on la rapproche du texte de l'article, oppose nettement aux lois les ordres du souverain dans le domaine administratif ;

4° L'article 50 des lois fondamentales dit, que « tous les projets de lois sont examinés en Conseil de l'Empire ». Donc, observe Korkounow, si on considérait tout ordre émanant du souverain comme une loi, il en résulterait

que le souverain russe, tout absolu qu'il est, ne pourrait agir sans le concours du Conseil de l'Empire, ce qui serait un non-sens ;

5° Enfin l'article 9 de l'oustave sur le service militaire prouve que, non seulement dans les travaux préparatoires, mais aussi dans la législation actuelle, on distingue la voie législative des autres. Cet article dit, en effet, que le nombre de recrues sera déterminé chaque année par *voie législative*.

Notre auteur, outre ces arguments tirés des textes de lois, fait observer que la pratique du Conseil de l'Empire est conforme à l'opinion qu'il soutient : il arrive continuellement, dit-il, que ce Conseil applique la distinction entre la voie législative et la voie administrative ; quand une règle générale d'ordre administratif lui est soumise, il refuse de statuer, alléguant qu'elle n'est pas de sa compétence (1).

Le pouvoir souverain lui-même ne considère pas tous les ordres émanés de lui comme des lois. Il reconnaît la nécessité d'établir une distinction entre la loi et l'ordonnance. Ainsi, en 1862, sur l'ordre qui lui en fut donné par l'empereur Alexandre II, le baron Korf présenta au conseil des ministres un mémoire sur la question de savoir ce qui, dans la législation russe, devait être considéré comme une loi ou au contraire comme une ordonnance administrative.

L'auteur de ce mémoire affirme, dès le début, la néces-

(1) Procès-verbaux du Conseil de l'Empire, année 1880, p. 189.

sité d'établir un critérium pratique permettant de distinguer à première vue la loi de l'ordonnance : il faut que la confection de la loi soit accompagnée de formalités particulières ne laissant aucun doute sur la nature de cet acte. Il rappelle que les articles 50, 54 et 55 manifestent clairement l'intention qu'a le législateur d'instituer deux formes distinctes pour ces deux sortes d'actes ; mais la portée pratique de ces dispositions s'est trouvée diminuée par ce fait, que des questions de la compétence du Conseil de l'Empire sont souvent tranchées par d'autres autorités ; souvent aussi des mesures ayant un caractère législatif sont contenues dans des ordres supérieurs verbaux, portés à la connaissance du Sénat par les ministres ou par d'autres personnages autorisés à cet effet. Il importe de mettre fin à cette confusion ; pour y parvenir les règles suivantes devraient être considérées comme obligatoires :

1° Ne seront dorénavant considérées comme lois que les dispositions qui auront été préalablement délibérées dans le Conseil de l'Empire, institué à cet effet. Si l'empereur seul s'adresse directement au peuple sans recourir au Conseil de l'Empire, il conviendrait qu'il employât la forme du manifeste ou de l'oukaze signé de lui et muni du grand sceau ;

2° Les lois publiées de la sorte ne pourront être abrogées que par d'autres lois publiées dans les mêmes conditions ;

3° Toutes autres dispositions qui n'auraient pas été

prises dans l'une des trois formes susindiquées, seront considérées comme d'ordre administratif et ne pourront avoir pour objet que d'assurer la bonne exécution des lois.

En conséquence, toutes les questions devant donner lieu à l'élaboration d'une loi nouvelle ou à l'abrogation d'une loi ancienne, seront renvoyées par les ministres au Conseil de l'Empire ; ils ne devront porter au conseil des ministres que les questions d'ordre administratif. Au cas où un ministre aurait reçu directement, soit de l'empereur, soit du comité des ministres, un ordre entraînant l'abrogation ou la modification d'une loi, il l'interprétera en ce sens qu'il lui est enjoint de faire, par la voie législative, un rapport à l'empereur, visant l'abrogation ou la modification de la loi en question.

Quant au Sénat, quand il lui sera communiqué, pour le publier, un règlement administratif en désaccord avec la loi, il devra surseoir à cette publication et charger le ministre compétent d'en référer à l'empereur pour obtenir l'abrogation ou la modification de la loi par voie législative.

L'opposition du comte Panine, qui ne paraît pas avoir bien compris le sens du mémoire du baron Korf, fit échouer les réformes proposées.

Ayant ainsi énuméré les textes qui établissent expressément ou supposent une différence entre la loi et l'ordonnance, Korkounow se demande en dernier lieu quel est le trait caractéristique de la loi en Russie.

Les deux articles principaux d'où l'on peut songer à tirer un principe de solution, sont les articles 50 et 54 des lois fondamentales. L'article 50 contient la disposition suivante : « Tous les projets de loi sont examinés en Conseil de l'Empire » ; et l'article 54 est ainsi conçu : « Une nouvelle loi ne peut être établie que sous la signature du souverain. »

Aucun de ces deux textes ne se référant à l'autre, comment concevoir leur rapport ?

On peut imaginer quatre solutions :

- 1° Est loi tout acte délibéré en Conseil de l'Empire ;
- 2° Est loi tout acte signé par l'empereur ;
- 3° Est loi tout acte délibéré en Conseil de l'Empire *ou* signé par l'empereur ;
- 4° Est loi tout acte délibéré en Conseil de l'Empire *et* signé par l'empereur.

C'est la première solution qu'il convient d'adopter, selon Korkounow.

Il repousse tout d'abord la théorie de Korf, qui considère la publication sous forme de manifeste ou d'oukaze signé et scellé par l'empereur, comme caractérisant la loi au même titre que la délibération au Conseil de l'Empire.

En premier lieu, il observe que l'on n'a jamais pensé à différencier la loi de l'oukaze avant que ne fût institué le Conseil de l'Empire. C'est donc de son intervention que dépend le caractère distinctif de la loi.

En dépit de la mauvaise coordination des divers arti-

cles des lois fondamentales, Korkounow croit pouvoir tirer un second argument, en faveur de sa théorie, de la place qu'occupent nos deux articles ; le premier, qui donne comme trait caractéristique de la loi son examen en Conseil de l'Empire, est classé sous la rubrique : « de la manière dont les lois sont élaborées, interprétées et complétées » ; tandis que le second, qui exige une signature de l'empereur pour toute loi nouvelle, figure sous la rubrique « de la forme des lois et de leur enregistrement ». Le premier article, figurant parmi ceux qui traitent des conditions de fond dans l'élaboration des lois, doit, selon Korkounow, nous fournir le principe de notre solution par préférence au second, qui ne traite plus que de la forme des lois.

L'article 119 des lois organiques du Conseil de l'Empire prescrit l'emploi de l'oukaze nominatif (c'est-à-dire signé par Empereur) toutes les fois que l'empereur adoptera l'opinion, non pas de la majorité, mais de la minorité du Conseil de l'Empire. Korkounow conclut de ce texte que « l'oukaze nominatif » ne supplée pas à la délibération en Conseil de l'Empire, puisque la disposition de l'article 119 prévoit l'emploi de cette forme après une délibération en Conseil de l'Empire.

C'est également en ce sens que Korkounow interprète l'*avis du Conseil de l'Empire* du 5 novembre 1885, relatif à une nouvelle édition du *Swod Zakonow*, et qui contient notamment la disposition suivante :

« Dans le *Swod Zakonow*, outre les lois (ordres suprê-

mes, revêtus de la signature de Sa Majesté impériale et *avis du Conseil de l'Empire*, approuvés par le souverain) seront insérés les ordres suprêmes, promulgués en matière gouvernementale. » D'après lui, ce texte signifie simplement que toutes les dispositions établissant des règles juridiques générales, soit dans le domaine législatif, soit dans le domaine gouvernemental ou administratif, devront figurer dans le *Swod Zakonow*. Quant au développement contenu entre parenthèses de l'expression « loi », il ne faut pas y voir une opposition entre les avis du Conseil de l'Empire approuvés par l'empereur, et les ordres de l'empereur signés de lui, mais non examinés au Conseil de l'Empire : le terme « loi » vise toujours des actes législatifs ayant passé par le Conseil de l'Empire ; mais les uns sont, en outre, signés par l'empereur et les autres ne le sont pas.

Telle paraît bien avoir été d'ailleurs, ajoute Korkounow, l'interprétation donnée par la « section de codification (*Kodifikazionny otdiél*) (1) », à cette disposition de l'*avis* du 5 novembre de 1885 : elle maintint, en effet, la note de l'article 53 des lois fondamentales, qui classe les rescrits, toujours revêtus de la signature de l'empereur, non parmi les lois, mais parmi les actes administratifs ; c'est donc que la « section » ne considéra pas comme des lois tous les actes revêtus de la signature de l'empereur.

Rapprochant l'article 50 des articles 54 et 55 (2) des lois

(1) Cette section fait partie du Conseil de l'Empire et est spécialement chargée des travaux de codification des lois.

(2) V. plus haut les textes des articles 50, 54 et 55.

fondamentales, Korkounow fait observer que la signature de l'empereur n'étant exigée que pour les lois nouvelles (art. 54, L. f.), et les dispositions complétant ou interprétant les lois existantes pouvant être promulguées sous forme d'oukazes verbaux, donc sans cette signature (art. 55, L. f.), il en faut conclure que la signature de l'empereur n'est nécessaire que pour les actes législatifs les plus importants.

Gradowsky, Eichelmann, Alekséïew, croient pouvoir s'appuyer sur les notes de l'article 50 des lois fondamentales pour soutenir que l'intervention du Conseil de l'Empire ne saurait caractériser la loi, puisque la compétence de ce conseil en matière législative n'est pas exclusive : les textes cités nous prouvent, en effet, que le conseil militaire et le conseil de l'amirauté participent à cette compétence. — Korkounow répond que ces deux exceptions, fondées sur des considérations techniques, ne sauraient être considérées comme renversant le principe de la compétence législative du Conseil de l'Empire.

L'on invoque encore l'article 165, § 2 des lois organiques des ministères, pour prouver que l'intervention du Conseil de l'Empire n'est pas obligatoire en matière législative (1). Mais à en croire Korkounow, cette dispo-

(1) Art. 165, § 2, lois organ. des minist. : « D'une façon générale, les nouveaux projets de lois se rapportant à des objets qui intéressent deux ou plusieurs administrations, sont présentés à la signature de tous les ministres et des directeurs généraux dans le ressort desquels rentrent ces projets ; dans leur présentation à l'approbation suprême, on observe

sition n'a plus qu'un intérêt historique. Elle avait une raison d'être lors de sa promulgation en 1851; parce qu'à cette époque les ministres avaient encore le droit de déposer directement au Conseil de l'Empire, sans autorisation préalable de l'empereur les projets de loi dont ils prenaient l'initiative. L'article 165, § 2, faisait exception à cette procédure habituelle pour le cas où il plairait à l'empereur de se faire préalablement soumettre le projet de loi. Aujourd'hui que l'article 162 des lois organiques du ministère fait de cette communication préalable à l'empereur la règle générale, l'article 165 n'a plus de raison d'être et doit être considéré comme tacitement abrogé.

On ne saurait non plus contester que l'intervention du Conseil de l'Empire caractérise la loi en observant que la pratique admet l'établissement de règles juridiques générales par des actes que le Conseil de l'Empire n'a pas été appelé à discuter. Cette infraction à la séparation de l'exercice des pouvoirs se rencontre sous tous les régimes, sans qu'on puisse la considérer comme abolissant cette séparation même.

Quelles seront les conséquences pratiques de la distinction entre la loi et l'oukaze, telle que la conçoit Korkounow? Si une disposition de nature législative était

l'ordre établi par les lois, en exceptant seulement les cas particuliers où l'empereur jugera bon d'ordonner qu'on lui soumette l'affaire directement. »

prise sous forme d'oukaze, il conviendrait de la considérer comme provisoire et simplement destinée à provoquer l'élaboration d'un projet de loi (1).

Si un oukaze est en contradiction avec une loi, le Sénat, qui a mission de le publier, devra s'en abstenir et demander au ministre d'en référer à l'empereur pour obtenir de lui l'autorisation de transformer cet oukaze en une loi par les voies ordinaires (2).

Qu'advient-il enfin, si un tribunal se trouve en présence d'une loi et d'un oukaze qui se contredisent ? Nous avons dit que le tribunal ne pourrait aujourd'hui dénier la justice en pareil cas. D'autre part, l'article 72 des lois fondamentales dit en termes formels : « une loi demeure en vigueur tant qu'elle n'a pas été abrogée par une nouvelle loi », et l'article 73 ajoute que l'abrogation d'une loi existante ne peut avoir lieu que selon le mode de son élaboration. On ne conçoit de solution possible à un pareil conflit, que si l'un des deux textes a une autorité plus grande que l'autre ; Korkounow est d'avis que la lettre, aussi bien que l'esprit de la législation russe attribuent cette autorité supérieure à la loi. Si la pratique ne l'admet pas toujours, c'est que des doutes sont encore très répandus tant sur l'existence d'une différence entre la loi et l'oukaze, que sur la nature de cette différence.

(1) Korkounow cite (*Zak. i Ouk.*, page 347) un cas où cette conséquence de sa doctrine a été appliquée.

2) C'est ainsi que le Sénat agit en fait, selon Korkounow, *Ibidem*, p. 348.

Les conclusions auxquelles aboutit Korkounow nous paraissent pouvoir se résumer dans les propositions suivantes :

1^o Quel que soit le régime politique auquel est soumis un pays, qu'il s'agisse d'une monarchie absolue, d'une monarchie constitutionnelle ou d'une République, une distinction entre la loi et l'ordonnance est possible, par cela seul que leur mode d'élaboration n'est pas le même : car d'une même autorité peuvent émaner des actes ayant une nature juridique différente.

Pour que cette distinction ait un intérêt pratique, il est nécessaire que l'un de ces deux actes ait une autorité subordonnée à celle de l'autre.

2^o En Russie, cette distinction entre la loi, et l'ordonnance existe : des textes l'établissent ;

3^o Le trait caractéristique de la loi par opposition à l'ordonnance, c'est la participation du Conseil de l'Empire à son élaboration.

Que devons-nous penser de ces conclusions et des arguments par lesquels on prétend les justifier ?

Et d'abord, peut-on admettre, sous n'importe quel régime politique, l'existence de deux catégories d'ordres du souverain se distinguant par leur nature juridique ?

Nous croyons que, pour apprécier la nature juridique des actes du souverain, il y a lieu, comme nous l'avons dit plus haut, de les considérer à deux points de vue distincts et d'examiner successivement leur objet ou leur contenu et leur forme. Que l'Etat considéré soit une mo-

narchie absolue ou un Etat constitutionnel, une différence intrinsèque et qui tient à leur objet existera nécessairement entre les actes du souverain : les uns auront pour objet des règles de droit et seront par cela même des lois réelles, les autres seront des actes qui régleront l'application des lois par mesure générale ou qui réaliseront cette application dans un cas particulier par mesure spéciale : ce seront des ordonnances réelles.

Des différences de forme pourront correspondre à cette distinction de fond ; et l'absence de ces différences formelles peut entraîner de graves inconvénients et provoquer une confusion anéantissant presque les avantages pratiques que devrait engendrer la distinction des deux sortes d'actes ; mais leur différence réelle subsistera néanmoins, car elle est antérieure à toute distinction formelle et n'en dépend à aucun degré.

C'est donc à tort que M. Korkounow s'attache exclusivement au mode d'élaboration de ces actes, car il n'en peut résulter qu'une différence formelle.

Toutefois, il est incontestable que, comme le prouve l'exemple de la Russie, une différence dans le mode d'élaboration peut présenter un grand intérêt pratique.

La comparaison, faite par Korkounow, du monarque absolu prenant des décisions de valeur juridique inégale avec un tribunal dont les sentences sont les unes en dernier ressort et les autres susceptibles d'appel, nous paraît insoutenable, par cette simple raison, que le tribunal n'est pas, comme le monarque absolu, libre de déterminer et

de modifier à son gré ses principes d'action ; ce n'est pas lui qui s'est donné à lui-même ses règles de compétence : elles lui ont été imposées par un pouvoir supérieur.

Est également fausse — et pour le même motif, —, la comparaison du monarque absolu avec les assemblées législatives de la République Française actuelle, auxquelles le peuple souverain confère la double mission d'exercer tantôt le pouvoir législatif et tantôt le pouvoir constituant.

Dans sa seconde conclusion, Korkounow affirme qu'il existe effectivement en Russie deux sortes d'actes législatifs, différant par leur mode d'élaboration et par leur valeur juridique. Il fonde cette affirmation sur les travaux préparatoires, sur l'intention du législateur, enfin sur les textes du droit actuellement en vigueur.

Pour ce qui est des travaux préparatoires, nous ne contestons pas qu'on puisse y trouver l'expression de l'intention que Korkounow attribue au législateur.

L'intention d'Alexandre I^{er} fut, en effet, d'introduire en Russie une distinction entre les actes législatifs proprement dits et ceux qui seraient destinés seulement à en organiser l'application. Les souverains qui lui succédèrent, importunés parfois des confusions et des contradictions qui se révélaient dans le chaos des actes législatifs et administratifs, manifestèrent aussi le désir de voir régner plus d'ordre et de méthode dans leur confection. Mais ce serait exagérer singulièrement les tendances libérales d'Alexandre I^{er} et se tromper sur ses intentions

vraies, que de leur donner la portée que leur attribue Korkounow. Sans doute, il est historiquement vrai qu'Alexandre I^{er} considérait l'organisation des ministères, celle du comité des ministres, celle du Conseil de l'Empire, etc. comme les prodromes de la grande réforme rêvée par lui, qui devait introduire en Russie le régime constitutionnel et la représentation nationale. Sans doute aussi, quand il institua le Conseil de l'Empire à titre d'organe législatif provisoire, en attendant la « *Douma de l'Empire* », c'était pour qu'on y discutât les projets de lois. Mais croyait-il se priver ainsi du droit d'établir désormais n'importe quelle règle sous telle forme qu'il lui plairait de choisir ? Certainement non. Son intention réelle était d'instituer un corps consultatif, composé d'hommes compétents pour élaborer des lois, et qu'il appellerait à le faire toutes les fois qu'il ne jugerait pas préférable de se passer de leur concours.

Les textes qu'invoque Korkounow prouvent-ils, comme il le soutient, que le droit russe actuellement en vigueur consacre la différence de la loi et de l'oukaze et la subordination de l'oukaze à la loi ?

Comme les recueils des lois russes actuellement en vigueur renferment des textes promulgués à des époques très différentes, il n'est pas surprenant qu'il s'en rencontre, en notre matière, dont on ne puisse tirer une solution de notre question, par ce simple motif qu'elle n'était pas encore née à l'époque de leur apparition et qu'ils ne peu-

vent par conséquent avoir eu pour objet de la trancher.

C'est à cette cause, qu'il convient d'attribuer les obscurités et même les contradictions que présente la législation russe sur le point qui nous occupe. Elle n'en renferme pas moins quelques textes très explicites à cet égard.

Ces textes distinguent en effet deux catégories d'actes législatifs : ceux qui sont délibérés en Conseil de l'Empire et ceux qui ne le sont pas. Il est incontestable que l'on rencontre cette distinction notamment dans les articles 50, 53 (note), 55, 73 et 77 des lois fondamentales.

Mais ce qui ne résulte d'aucun de ces articles, ni d'ailleurs d'aucun texte de la législation russe en vigueur, c'est que l'acte législatif délibéré en Conseil de l'Empire soit, par cela même, doué d'une autorité supérieure à celle de tous autres actes législatifs.

Il existe bien, il est vrai, une suprématie de certains actes législatifs par rapport à certains autres : c'est celle des actes législatifs écrits, qu'ils aient été d'ailleurs délibérés ou non en Conseil de l'Empire, par rapport aux actes législatifs de forme verbale. La législation russe reconnaît expressément aux derniers une autorité moins grande qu'aux premiers.

Cette double conclusion nous paraît résulter de l'examen des textes mêmes qu'invoque Korkounow à l'appui de sa théorie.

L'article 53 des lois fondamentales, que nous avons eu l'occasion de citer (1), ne fait aucune espèce de distinc-

1. V. p. 129.

tion entre les diverses formes de promulgation des lois qu'il énumère ; à côté des *oustavy*, des *manifestes*, des *oukazes*, etc... figurent les avis du Conseil de l'Empire. La note qui accompagne cet article ne met à part que les rescrits et les *prikazy*, réservant ces deux formes aux ordres suprêmes dans le domaine administratif.

L'article 55, qui s'oppose à l'article 54, se borne à faire une application du principe que nous venons de signaler, de l'autorité supérieure des actes législatifs écrits par opposition aux actes verbaux : il déclare, en effet, qu'un oukaze verbal suffira pour compléter ou expliquer une lois existante, tandis que, pour une loi nouvelle, l'article 54 exige la signature du souverain.

Les articles 66 et 67 des lois fondamentales contiennent d'autres applications de ce même principe : le premier paragraphe de l'article 66 déclare formellement qu'aucune loi signée de l'empereur ne peut être abrogée par un simple oukaze verbal ; et le paragraphe 2 énumère une série d'actes particulièrement graves qui ne peuvent être faits sous forme d'oukazes verbaux.

Quant à l'article 67, il dit en substance que l'oukaze que l'on appelle « l'oukaze séparé » (*séparatny oukaze*) c'est-à-dire qui intervient à propos d'une affaire particulière, n'aura pas force de loi, s'il n'y est pas dit expressément, qu'il sera applicable dans l'avenir à tous les cas analogues et s'il n'est en outre dûment publié.

On peut très légitimement, à notre avis, conclure par *a contrario* de l'article 66, qu'une loi signée de l'empereur

reur peut être abrogée par un oukaze signé de lui ; et de l'article 67, qu'un oukaze non séparé à force de loi.

L'article 73 déclare d'une manière expresse qu'une loi ne peut être abrogée que par une loi, et un oukaze signé de l'empereur, que par un autre oukaze signé de lui. C'est ce texte qui nous semble consacrer de la manière la plus formelle l'existence d'une distinction entre la loi et l'oukaze. Mais c'est aussi celui qui nous paraît démontrer péremptoirement que la loi n'a pas une autorité supérieure à celle de l'oukaze. S'il en était autrement, comment s'expliquerait-on que le législateur n'eût pas admis la possibilité d'abroger un oukaze par une loi ?

Il ne nous semble pas que l'article 77 des lois fondamentales, — d'après lequel un arrêté ministériel promulguant un ordre verbal du souverain ne saurait abroger une loi ou un oukaze signés par l'empereur, — que cet article, disons-nous, puisse fournir un argument à l'appui de la doctrine soutenue par Korkounow ; alors même en effet que le mot « signé » serait au singulier et ne se rapporterait par conséquent qu'à l'oukaze, ce texte prouverait simplement que, si l'oukaze verbal a une moindre autorité que la loi, l'oukaze signé par l'empereur en a une égale.

Enfin nous ne saurions nous rallier à cette dernière conclusion de Korkounow, que le trait caractéristique de la loi en Russie est l'intervention du Conseil de l'Empire dans son élaboration.

La place occupée par des textes dans des recueils aussi

peu méthodiquement composés que le sont les recueils de lois russes, est un argument bien fragile.

L'interprétation que donne Korkounow de l'avis du Conseil de l'Empire du 5 novembre 1885, nous semble tout à fait arbitraire, et rien ne nous autorise à penser que le terme *lois* (1) fasse exclusivement allusion aux actes délibérés en Conseil de l'Empire, signés ou non par l'Empereur.

L'argument qu'il tire du rapprochement des articles 50 et 54 des lois fondamentales ne nous paraît pas plus concluant : contrairement à ce qu'il pense, ces textes nous semblent établir explicitement, que tout acte signé par l'Empereur, aussi bien que les actes confirmés par lui après délibération du Conseil de l'Empire, est une loi.

A en croire Korkounow, la simple approbation par l'Empereur d'un texte délibéré en Conseil de l'Empire suffirait dans les cas ordinaires ; pour les lois particulièrement importantes, il faudrait la signature de l'empereur. Nous pensons que le législateur russe n'a pas fait cette distinction, qui suppose une appréciation absolument arbitraire de la gravité des lois.

Il nous paraît non moins arbitraire de considérer l'article 168 des lois organiques des ministères, comme tacitement abrogé par l'article 165 de ces mêmes lois : car ces deux articles ne visent pas le même cas.

Quant à la sanction pratique de la distinction que sou-

(1) V. *suprà*, p. 171.

tient Korkounow, nous avons dit qu'elle nous semblait purement illusoire et qu'on ne verrait probablement jamais un tribunal russe refuser d'appliquer un oukaze signé de l'empereur et contredisant une loi délibérée en Conseil de l'Empire.

En résumé, est loi en Russie, nous semble-t-il, tout acte signé par l'empereur et tous ceux que l'article 53 énumère.

TROISIÈME PARTIE

DE LA LOI ET DE L'ORDONNANCE DANS L'ANCIENNE FRANCE ET DANS L'ANGLETERRE D'AVANT 1688.

CHAPITRE PREMIER

LA LOI ET L'ORDONNANCE DANS L'ANCIENNE FRANCE

§ 1. — *Leges et capitula.*

A l'époque franque, on constate que les actes législatifs pouvaient prendre deux aspects différents : celui de la *lex* et celui du *capitulum*.

Y avait-il entre ces deux catégories d'actes plus qu'une différence purement formelle ? Doit-on même admettre la réalité de cette distinction purement formelle ? Ou bien au contraire peut-on soutenir qu'une différence essentielle, c'est-à-dire tenant à la nature même des actes, permet d'opposer la *lex* au *capitulum* ? La doctrine est profondément divisée sur ce point.

Le folio 20 V° du manuscrit 204 (nouvelle acquisition de la Bibliothèque nationale) est le document fondamen-

tal sur lequel s'appuie M. Thévenin (1), pour soutenir que la loi et le capitulaire sont deux actes essentiellement distincts.

Une *suscriptio* figurant dans ce manuscrit énonce d'abord que Louis-le-Pieux, dans une assemblée générale tenue en 818 au Palais d'Aix-la-Chapelle, promulgua des *capitula* qu'il décida d'annexer à la *lex Salica*. Il est ajouté que, dans une autre assemblée générale tenue à Thionville, le même roi, d'accord avec les grands formant son conseil, interdit qu'on appelât désormais ces chapitres *capitula*, ordonnant de ne les appeler désormais que *leges* et enjoignant à tous de les tenir très strictement pour des *leges*.

Il semble résulter de ce texte, que les deux termes *lex* et *capitulum* désignaient des actes sinon, totalement différents, du moins d'une valeur inégale.

La *lex* de l'époque franque n'est autre chose, selon M. Thévenin, qu'une coutume enregistrée ; cet enregistrement est provoqué soit par le prince, soit par la race même que concerne la coutume ; il a lieu par les soins d'hommes compétents, — les *legislatores*, — après enquête sur les usages en vigueur. Cet enregistrement est précédé d'une délibération de l'assemblée de la race, à laquelle sont soumis les usages dont les *legislatores* ont constaté l'existence : l'assemblée opte pour ceux dont elle

(1) M. Thévenin, *Lex et capitula*. Mélanges publiés par la section historique et philologique de l'Ecole des Hautes-Etudes. Trente-cinquième fascicule, Paris, 1878.

entend faire la règle juridique qui la gouvernera désormais.

La *lex* n'étant autre chose que la coutume même, n'est donc en aucune mesure l'œuvre d'un organe législatif distinct, à qui il appartiendrait de l'élaborer et de la promulguer. Elle est le produit spontané des rapports des membres de la race (1).

L'identité, quant au fond, de la *lex* et de la coutume, est si complète, que sous les Mérovingiens le terme *lex* indique aussi bien la coutume non écrite, si elle est en vigueur, que la coutume écrite. C'est seulement sous les Carolingiens, que le sens du mot se spécialise pour ne plus désigner que la coutume écrite.

Il arrive cependant que la coutume écrite, au lieu d'être désignée par le terme *lex*, soit appelée *edictum*, *decretum* ou *constitutio* ; mais il ne faudrait pas conclure de l'emploi de ces expressions, que le rôle du prince dans l'élaboration des actes législatifs ainsi désignés ait été particulièrement important : M. Thévenin estime qu'il manifeste simplement le désir du prince d'attacher son nom à une œuvre, qui n'est pas la sienne, mais bien celle de la race.

(1) La coutume écrite, résidu de l'ensemble des dispositions successivement examinées, naît donc de la collaboration des *legislatores* et de l'association. Il est absolument inexact d'y voir le résultat d'un contrat intervenu entre les *legislatores* et l'association. Ces deux facteurs n'agissent pas contradictoirement ; leur activité converge vers un but final commun, la fixation de la coutume ; *legislatores* et association s'accordent. M. Thévenin, *loc. cit.*, p. 143.

La *lex* a donc pour caractère essentiel d'être l'œuvre du peuple. Il en résulte qu'elle présente cet autre caractère d'être un statut personnel, inhérent à l'individu et le suivant partout (1).

Pour ce qui est de sa validité dans le temps, elle est illimitée : engendrée par l'usage, elle ne peut disparaître que par la désuétude. Il n'est pas plus au pouvoir du prince d'abroger une *lex*, que de supprimer l'emploi d'une langue. Tout au moins ne pourrait-il parvenir à l'abrogation d'une *lex* que par voie indirecte. Il ne lui est guère possible d'abroger directement que les parties de la coutume devenues spontanément caduques par le non-usage.

Le contenu des *leges* est extrêmement variable : à côté de dispositions de procédure ou de tarifs de composition, on y rencontre des règles de droit civil. Le plus souvent elles ne visent que les rapports mutuels des membres de la race ; toutefois il arrive qu'elles contiennent aussi des dispositions concernant les étrangers.

Les *capitula* diffèrent profondément des *leges*.

Tout d'abord par leur origine : ils ne sont plus, comme les *leges*, le produit spontané et pour ainsi dire organique des rapports des hommes, vivant ensemble mais l'œuvre réfléchie et consciemment voulue du prince.

(1) Elle fait partie de son être (*lex qua vivit*). Il ne peut pas ne pas l'invoquer, tout comme il ne peut pas ne parler l'idiome qu'il parle. Thévenin, *loc. cit.*, p. 147.

Alors que la *lex* constate un ordre de choses préexistant, le *capitulum* institue pour l'avenir une réglementation nouvelle (1).

Cette différence essentielle se manifeste notamment dans le mode d'élaboration de l'un et de l'autre acte : la nation ne participe en rien à l'élaboration du *capitulum* ; on ne l'y voit intervenir à aucun moment, soit pour en délibérer, soit pour y adhérer sans débat.

Les capitulaires peuvent différer par leur objet. Montesquieu avait déjà fait observer (2) qu'il y avait des capitulaires de plusieurs espèces. Les uns avaient un objet politique ; d'autres, un objet économique ; souvent ils étaient faits dans l'intérêt de l'Eglise (3), quelques-uns enfin avaient rapport au gouvernement civil et venaient s'ajouter à la loi civile.

L'évolution de la vie politique, économique et religieuse, suscita des besoins nouveaux, en vue desquels il parut nécessaire aux monarques carolingiens de modifier les *leges*. Ils le firent au moyen de *capitula*, dont les dispositions étaient communes à tous les peuples de leur empire.

On donnait encore le nom de *capitula* aux instructions écrites que les rois adressaient à leurs agents pour l'exécution des capitulaires tels que nous les avons définis

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, XXVIII, p. 474 et 475.

(2) *Esprit des lois*, XXVIII, p. 474 et 475.

(3) Les capitulaires ecclésiastiques reproduisaient certaines règles édictées par l'Eglise et fortifiaient les peines canoniques (excommunication, pénitences ecclésiastiques, amendes), d'une sanction supplémentaire, le *bannus*. M. Thévenin, *loc. cit.*, p. 150 sq.

ci-dessus, pour la levée des contingents militaires, l'application de mesures administratives, etc.

Aux différences déjà signalées entre les lois et les capitulaires, il convient d'ajouter que les uns se distinguaient encore des autres par l'étendue de leur sphère d'application : alors que la *lex* est personnelle, parce qu'elle émane de la race dont fait partie l'individu, le *capitulum*, œuvre du prince, s'étend à tout le territoire soumis à sa souveraineté.

Quant à la durée de validité des *capitula*, M. Thévenin ne pense pas qu'elle ait été limitée au règne du monarque qui les avait promulgués. Ils paraissent n'avoir trouvé d'autres limites à leur durée, que celles inhérentes tant à leur objet même, qu'à la volonté plus ou moins persévérante que le monarque apportait à leur application.

Le prince avait-il le pouvoir de transformer à lui seul le *capitulum* en *lex* ? M. Thévenin se refuse absolument à l'admettre.

Quand un *capitulum* devait contenir des règles relatives au droit civil, le mode d'élaboration en était le même que pour une loi : il comportait l'intervention du peuple. D'une façon générale, le monarque qui voulait conférer à ses *capitula* une force égale à celle de la loi, recourait à la même procédure pour la confection des premiers que pour celle des dernières.

La divergence est complète entre la théorie de M. Thé-

venin et celle de Fustel de Coulange (1). Ce dernier auteur est d'avis, qu'à partir du règne de Clovis, les rois francs exercèrent en toute souveraineté le droit de faire et de modifier les *leges*. Il estime que rien dans les textes ne permet de prétendre que le peuple eût à intervenir en pareille matière ; et il cite à l'appui de cette opinion nombre de circonstances graves, dans lesquelles les monarques francs prirent des dispositions ayant le caractère des *leges*, sans que le peuple fût appelé à manifester son opinion sous quelque forme que ce fût (2).

Sans doute, il arrive souvent que le roi, après avoir pris telle disposition de ce genre, ajoute qu'il l'a édictée au milieu de ses *grands* ; mais on se tromperait en voyant dans cette présence des grands du royaume une formalité ayant à quelque degré un caractère libéral. L'autocrate le plus absolu prend souvent l'avis des conseillers dont il a jugé bon de s'entourer. Et ce n'est pas libéralisme,

(1) Fustel de Coulange, *Histoire des Institutions politiques de l'ancienne France. La Monarchie franque* (Paris, 1888).

(2) *Id. Ibid.*, ch. VI, p. 99 sq. — Lorsque Charlemagne ordonna la rédaction de recueils de lois particuliers à divers peuples de son Empire, il ne semble pas que ces peuples aient été appelés par lui à donner leur avis sur les règles coutumières à consigner dans cette rédaction : aucun document parvenu jusqu'à nous ne porte trace d'une semblable intervention. Il en est de même des articles que cet Empereur ajouta en 803 à la loi Salique.

Hinkmar reconnaît au monarque et le droit de faire des lois nouvelles et celui d'abolir les lois existantes.

Enfin les chroniques et les lettres de cette époque, pas plus que les autres documents, ne font allusion à l'intervention du peuple en matière législative (Fustel de Coulange, *La législation carolingienne*, *Revue historique*, 1877, p. 619).

mais nécessité ; car s'il arrive que le prince soit capable de concevoir la nécessité de telle disposition législative, il ne l'est généralement pas de l'élaborer à lui seul et de la mettre en harmonie avec la législation existante : il lui faut des collaborateurs compétents et avisés qui mettent en œuvre ses volontés .

Fustel de Coulange reconnaît que les rois francs ne font pas généralement usage du terme *lex* pour désigner leurs ordonnances ; mais ce fait ne lui paraît pas suffisant pour conclure à l'existence d'un principe constitutionnel en vertu duquel le roi pourrait bien faire des *edicta*, *decreta*, *constitutiones*, etc., mais non des *leges*. Des prologues des deux Lois franques et des Lois des Alamans il résulte que les rois furent les auteurs de ces Codes, que non seulement ils en ordonnèrent la rédaction, mais qu'ils introduisirent de nombreuses modifications aux coutumes qu'ils étaient destinés à fixer. D'une façon générale, il n'est pas possible de prétendre que les actes émanés du roi seul ne peuvent que compléter les lois nationales ; non seulement ils les modifient, mais ils sont parfois en opposition avec elles (1).

Il y a lieu de remarquer, en outre, qu'au point de vue de leur sanction, il n'existe pas non plus de différence entre la *lex* et le *capitulum*.

De tout ce qui précède il paraît résulter, que le monarque franc exerçait dans son intégralité cet attribut essentiel de la souveraineté qu'est le pouvoir législatif : « pour

(1) Fustel de Coulange, *Inst. de la mon. franq.*, t. I, p. 112.

qui a lu complètement et de suite les Capitulaires de Pépin, de Charlemagne, même de Louis le Pieux, il n'est guère possible de mettre en doute que l'autorité législative n'appartînt tout entière au prince. On n'y trouve jamais la marque de la volonté formelle et précise d'une assemblée nationale » (1).

Ce n'est point la nation assemblée que désignent ces expressions très vagues « le consentement général » ou « le consentement des fidèles et des grands » : « on ne saurait trouver durant ces trois règnes ni une loi que la population assemblée ait imposée au roi, ni une loi qui, proposée par le roi, ait été rejetée par la population ».

Au surplus, il devient difficile dans l'opinion contraire de comprendre les pétitions qu'il arrivait que le peuple adressât au roi. Qu'on se reporte par exemple à celle de l'année 803, dont le texte nous a été conservé (2) : et l'on constatera que la forme n'en serait guère explicable, si elle émanait d'hommes participant en quelque mesure au pouvoir législatif.

D'ailleurs, sous quel rapport la *lex* différencierait-elle du *capitulum*? Est-ce par son contenu? En aucune façon : ce contenu peut être identique. L'un comme l'autre peut avoir également pour objet le droit civil, le droit criminel, etc. Est-ce par sa force obligatoire? Pas davantage : maintes fois Louis le Pieux et Charles le Chauve ont pro-

(1) Fustel de Coulange, *La législation carolingienne*, *Rev. historique*, 1877, p. 3 et 4.

(2) Baluze, p. 405.

clamé que leurs capitulaires étaient obligatoires pour tous et perpétuels (1). Cela revient à dire qu'ils déclaraient de leur propre volonté la force obligatoire de leurs capitulaires égale à celle des *leges*.

Fustel de Coulange est d'avis que, si, comme nous l'avons rappelé plus haut, la présence des *grands* n'ajoutait rien à la force exécutoire de la volonté royale, elle paraît avoir été d'un usage constant et, semble-t-il, nécessaire, pour que la manifestation de cette volonté eût la valeur d'une loi perpétuelle, « d'un capitulaire devant être tenu pour loi ». Ce n'est pas à dire que cette valeur lui vint de ce que les *grands* avaient été appelés à en délibérer : ce n'est pas à discuter sa volonté que le monarque les conviait, mais simplement à « consentir » à la loi, c'est-à-dire à reconnaître qu'elle leur avait été notifiée et à prendre l'engagement d'y obéir.

De nombreux textes de capitulaires ayant force de *leges* portent la mention qu'ils ont été faits et promulgués dans des *placita*. Tantôt il s'agit de placita généraux, c'est-à-dire du champ de mai ou assemblée de toute la population libre, tantôt d'assemblées locales où ce n'était plus le monarque en personne, mais ses représentants, qui notifiaient aux populations les lois nouvelles que le prince avait faites. Il n'en demeure pas moins que ces assemblées de la population, comme les réunions des *grands*, n'avaient aucun caractère représentatif, qu'elles ne pro-

(1) Capitul. de 803 dans Pertz, p. 112, 113, 126, 150 ; 3^e capit. de 819, art. 12, dans Baluze, t. I, p. 610 ; cap. de 821 ; cap. de 829.

cédaient à aucune discussion, ni à aucun vote : dans les unes comme dans les autres, il y avait simple signification de la volonté du roi aux personnes assemblées. C'était à la fois un moyen de promulguer les actes législatifs du souverain et d'exiger de la population un engagement solennel de s'y soumettre : il n'y a pas là « une preuve de liberté politique, mais une marque d'engagement » (1).

Fustel de Coulange ne va pas cependant jusqu'à prétendre que l'intervention du peuple en pareille matière fût dénuée de toute importance : malgré l'absence de toute discussion et de tout vote, le peuple était ainsi appelé à jouer un rôle dans la confection des lois.

Sous Louis le Pieux et sous Charles le Chauve, comme sous Charlemagne, le monarque se borne à notifier au peuple ses actes législatifs, et cela aussi bien lorsqu'il s'agit de *capitula quae pro lege habenda sunt*, que de simples *capitula missis data*. Sous Charles le Chauve, en particulier, lorsque le roi sous l'effort des seigneurs se voit forcé de consacrer par des capitulaires les concessions qu'ils lui ont arrachées, c'est du roi seul qu'ils émanent, comme de l'unique législateur.

L'Edit de Pistes (864) fournit à Fustel de Coulange un argument de plus à l'appui de sa thèse : aucun des trente-quatre articles dont se compose cet édit, ne porte la moindre trace de l'intervention du peuple, fait d'autant

(1) Fustel de Coulange, *La législ. carol.*, p. 18.

plus significatif que, dans l'article 34, le roi déclare qu'il a cherché partout des lumières sur le point en question (cas de l'homme libre qui s'est vendu comme esclave) ; il indique notamment qu'il s'est reporté aux capitulaires, au droit romain, à l'Ancien Testament : d'une consultation du peuple il n'est fait aucune mention.

Le capitulaire de Kiersy-sur-Oise (877) fut fait par le roi au milieu de ses grands : en effet, les huit premiers articles consistent en questions suivies de la réponse des grands, mais rien ne permet de dire que cette intervention des grands ait été suivie d'une intervention analogue du peuple assemblé.

La conclusion de Fustel de Coulange est que les partisans d'une distinction radicale entre la *lex* et le *capitulum* donnent aux textes une portée qu'ils n'ont pas ; si, comme il convient de le faire, on restitue aux mots le sens qu'ils avaient à cette époque, il est impossible d'établir que, sous les Mérovingiens ou les Carolingiens, une seule assemblée populaire se soit réunie pour participer à l'élaboration d'une *lex*, ou même simplement pour donner son assentiment à une *lex* que le monarque lui aurait soumise.

Pour M. Esmein, « le roi franc exerçait le pouvoir législatif pleinement et sans limites » (1). Ses ordonnances avaient force obligatoire pour tous, mais le terme de

(1) M. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 1895, Paris, p. 71 sq.

« *leges* » ne s'y appliquait jamais : il désignait exclusivement les coutumes rédigées par écrit.

D'une façon générale, le rôle du peuple en matière de législation était d'importance tout accessoire ; à la vérité il arrivait que la publication des ordonnances fût précédée de la réunion de grandes assemblées, mais on n'y doit point voir la preuve d'un usage qui se serait imposé au monarque.

Ces réunions avaient lieu lorsque tel était son bon plaisir.

Toutefois, l'intervention et même l'adhésion du peuple paraissent avoir été nécessaires lorsqu'il s'agissait de rédiger une coutume nationale.

Doit-on reconnaître aux capitulaires des rois francs le caractère de permanence qui est habituel, si non essentiel, aux lois proprement dites ? Il y a controverse sur ce point. M. Schröder(1) soutient la négative. A son avis, la validité des actes législatifs des rois francs était limitée à la vie du monarque qui en était l'auteur. Pour que leur force obligatoire survécût à sa mort, il fallait que son successeur la fit renaître en les confirmant.

Sous un autre rapport encore, il y aurait lieu de considérer les capitulaires comme des *leges imperfectae* : ils seraient dépourvus d'une sanction directe.

M. Esmein a établi que cette double affirmation est mal fondée. Sous les monarques capétiens, qui étaient

(1) Schröder, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2^e éd., p. 147 et 240.

sans conteste investis du pouvoir législatif intégral, on voit encore le roi confirmer tels actes législatifs promulgués sous son prédécesseur. D'autre part, plus d'un capitulaire vise certains faits qu'il déclare criminels et indique la peine qui les sanctionnera.

Les thèses des auteurs que nous venons de citer paraissent pouvoir se résumer ainsi : M. Thévenin fait entre la loi et le capitulaire une distinction purement formelle : la loi ne se distingue pas du capitulaire par son contenu, mais par son origine ; l'une est l'œuvre de la nation, l'autre celle du roi. Un capitulaire n'acquiert la valeur d'une loi que moyennant l'intervention d'une assemblée populaire ; il ne dépend pas du roi de déclarer qu'un *capitulum* sera tenu pour loi.

Pour Fustel de Coulange, il n'y aurait même pas entre la loi et le capitulaire de différence formelle : le roi choisirait à son gré l'une ou l'autre pour l'expression de sa volonté ; et s'il advient qu'en fait, il provoque à cette occasion l'intervention d'assemblées de *grands* ou du peuple, c'est exclusivement pour leur signifier solennellement sa volonté et prendre acte de leur engagement d'y obéir.

M. Esmein nous enseigne que, malgré le pouvoir législatif absolu du roi franc, une coutume ne peut être rédigée sans que le peuple soit appelé à participer à cette rédaction.

La doctrine soutenue par MM. Thévenin et Esmein, nous paraît devoir être préférée. D'une part, il semble difficile

d'admettre, en présence d'expressions telles que *capitula quæ pro lege habenda sunt*, l'identité prétendue de la *lex* et du *capitulum*. D'autre part, le fait d'une intervention tantôt des *grands*, tantôt du peuple assemblé à l'occasion de certains actes législatifs, n'est pas contestée : il reste donc à se demander quel a pu être le sens de cette intervention. Fustel de Coulange déclare catégoriquement qu'elle n'eut jamais que la valeur d'un mode de promulgation de l'acte législatif. Il est permis d'en douter et d'incliner à croire que la portée de cette intervention varia selon l'autorité et le caractère du monarque, comme aussi selon la nature de la disposition adoptée par lui, enfin selon les circonstances. Il est probable qu'un monarque autoritaire et puissant était en mesure de réduire cette intervention à une simple formalité de publication ; mais il est logique de penser que le monarque faible, aux prises avec des circonstances difficiles, se voyait obligé de tenir compte de l'opinion de l'assemblée qu'il avait réunie, et qu'il lui proposait la loi au lieu de la lui imposer. De même, l'objet de la disposition législative que le prince entendait prendre, pouvait rendre nécessaire une consultation préalable de la nation : comment concevoir par exemple, que des coutumes fussent enregistrées dans un texte écrit sans qu'on appelât d'abord à les définir ceux-là mêmes qui les pratiquaient ?

On objectera peut-être que, s'il arrivait que l'intervention du peuple ne fût point purement passive, c'était un simple fait, mais non le droit.

Il nous semble précisément résulter de l'examen des deux thèses soutenues sur cette question, que les documents dont on dispose ne permettent pas de dire où était le fait et où le droit.

§ 2. — Les lois et les arrêts du conseil du roi dans l'ancienne monarchie française.

Les premiers Capétiens ne promulguèrent pas de lois applicables à l'ensemble du royaume ; leurs actes souverains eurent le plus souvent pour objet l'établissement d'un privilège particulier. Durant toute cette période, la France fut régie par des coutumes.

On ne rencontre guère de tentative pour faire des lois dont l'empire s'étende à la France entière avant la seconde moitié du XII^e siècle. Au début, les rois, pour atteindre plus sûrement ce but, associaient les seigneurs à la délibération qui préparait la loi. On se l'explique aisément, si l'on songe qu'à cette époque la force obligatoire des actes législatifs du roi est considérée comme variable suivant leur objet : si cet objet ne touche pas au « commun profit » du royaume, l'acte n'a force de loi que dans les limites du domaine royal ; pour qu'il en soit de même sur le domaine des feudataires, il faut leur consentement. Au contraire, les actes relatifs à l'intérêt général sont de plein droit obligatoires pour tout le pays (1) : défenseur de l'ordre public, le roi a, en effet, le droit de police gén-

(1) Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, ch. XLVIII.

rale dans tout le royaume et peut prendre en cette manière des mesures générales (1).‡

Ce dernier droit est tout à fait contraire aux principes féodaux : il s'explique parce qu'à côté des règles du droit féodal, survivaient les traditions de l'époque impériale ; l'idée de l'origine divine de la royauté ne s'était pas complètement effacée, même à l'époque où le régime féodal atteignit son apogée. C'est au nom de cette idée et de celle de l'intérêt général, que la royauté capétienne entreprit de redevenir absolue et de se transformer de simple office en souveraineté effective.

Après Philippe-Auguste, se sentant plus fort, le monarque osa imposer ses décisions, quel qu'en fût l'objet, à des seigneurs qui ne les avaient pas acceptées. Ainsi, l'intervention du seigneur, d'abord indispensable pour qu'elles eussent force de loi dans le royaume entier, dégénéra insensiblement en pure formalité : le roi consultait les seigneurs, sauf à ne pas tenir compte de leur avis.

Les luttes des rois pour la souveraineté absolue durèrent du XIV^e au XVII^e siècle. On ne saurait d'ailleurs assigner aux débuts de la monarchie absolue en France une date précise : des signes divers de l'absolutisme se rencontrèrent longtemps avant qu'il ne triomphât.

Lors de la renaissance du droit romain, le souvenir

(1) *Ibidem*, ch. XXXIV. « Chacun des barons si est souverain en sa baronie, voire est que le souverain par dessus tous, et a de son droit le général garde du réaume, par quoi il peut faire tous establisments comme il lui plaît pour le quimen profict et ce que il établit, il doit être tenu. »

du pouvoir impérial sans limites fut pour le roi de France un encouragement à tendre d'un nouvel effort vers l'absolutisme et à faire respecter sa domination jusqu'aux confins du royaume.

Le droit de légiférer, qu'au XII^e siècle des souverains s'essayaient si timidement à exercer et que des auteurs comme Beaumanoir (1) n'admettaient que sous condition, leur est reconnu sans aucune réserve au XIV^e siècle par Bouteiller : ils en usèrent, d'ailleurs, très fréquemment depuis Philippe le Bel et légiférèrent en toute matière. Il ressort de l'histoire des Etats généraux et des Parlements, que malgré l'intervention de ces assemblées et les efforts qu'elles firent pour la développer, c'est au roi que ne cessa d'appartenir le rôle prépondérant dans le domaine législatif.

Tout ordre du roi n'était pas une loi (2). Les anciens auteurs n'y voyaient une loi proprement dite que si :

1^o cet ordre était l'expression de la volonté publique ;

(1) Beaumanoir déduit le droit pour le roi de légiférer dans tout le royaume, de ce principe que le fondement du droit, c'est l'ancienne coutume. Ce droit varie selon qu'on se trouve à une époque de guerre ou, au contraire, en temps de paix. Dans le premier cas, le roi peut faire tous les nouveaux établissements qu'il juge indispensables au salut public. Les seigneurs ont d'ailleurs les mêmes droits dans les limites de leur domaine, sauf à ne pas contredire les dispositions édictées par le roi. En temps de paix, le roi peut seul faire des établissements, mais à trois conditions : 1^o l'établissement doit être édicté dans l'intérêt général ; 2^o l'établissement doit être fait en grand Conseil ; 3^o il ne doit pas être contraire à la religion chrétienne (*op. cit.*, ch. XLIX).

(2) M. Esmein, *Cours d'Histoire du droit public*, 1900.

2° si l'objet de l'ordre avait un caractère général et non particulier : il fallait notamment qu'il concernât tout le royaume ; il fallait, en outre, que le roi statuât pour l'avenir et non sur un fait accompli ;

3° enfin l'ordre du roi devait être revêtu des formes établies, scellé du sceau royal, etc.

D'après Beaumanoir, le roi, lorsqu'il légiférait, devait délibérer en grand Conseil. En fait, la loi portait presque toujours mention de cette délibération. Mais au cours du temps, le « Conseil » auquel s'adressait le roi changea : à l'origine il comprenait les principaux seigneurs ; puis ce fut le Conseil permanent du roi, parfois le Parlement, etc. On ne saurait cependant considérer l'élaboration de la loi en conseil comme une condition de sa validité : la loi avait toute sa valeur en l'absence de cette délibération. La délibération de la loi en conseil n'était donc rien de plus qu'un usage ;

4° les actes réunissant ces trois caractères étaient considérés comme des lois ; pour devenir exécutoires, il ne leur manquait plus que d'être promulgués, publiés et enregistrés au Parlement. Pour Moreau, cet enregistrement devait être précédé d'une délibération ; cet usage était conforme aux traditions (1).

Des lois qui étaient l'œuvre du roi, il y a lieu de distinguer d'une part, celles qu'on nommait « lois fondamentales du royaume » ; et d'autre part, des actes qui, tout en

(1) M. Esmein, *Cours d'histoire du droit public*, 1900.

émanant du roi, n'étaient pas assimilés à des lois et n'avaient qu'une moindre autorité : les « arrêts de règlement » faits par le roi en son conseil.

Les lois fondamentales du royaume ne se trouvent exprimées en aucun texte, si haut qu'on remonte. Elles semblent toutes être d'origine coutumière. Le nombre n'en est pas grand. Mais à côté de dispositions auxquelles aucun auteur ne refusait le caractère de lois fondamentales, — par exemple, le principe que la France était une monarchie royale, les règles établissant l'inaliénabilité du domaine de la couronne, les règles défendant au roi de céder à une puissance étrangère la souveraineté territoriale sur une partie du royaume, etc. (1), — il y en avait d'autres qui provoquaient des controverses (la nécessité d'enregistrer une loi au Parlement pour qu'elle devînt exécutoire, par exemple).

Les lois fondamentales du royaume se distinguaient des lois ordinaires en ce qu'elles s'imposaient au roi lui-même, en dépit de sa souveraineté. Cependant le respect de ce principe n'était garanti par aucune sanction effective ; les Etats généraux, à qui aurait pu appartenir le droit de rappeler le roi à son observation, ne s'assemblaient que si tel était le désir du monarque ; en outre, ils n'avaient aucun droit d'initiative ; comment, dans ces conditions, auraient-ils fait respecter par le souverain les lois fondamentales du royaume ?

(1) M. Esmein, *Cours d'histoire du droit public*, 1900.

Quant au Parlement, il lui appartenait sans doute de refuser l'enregistrement d'un acte s'il le considérait comme violant ces lois ; mais comme le roi disposait d'un moyen de contrainte irrésistible, le lit de justice, il était certain de faire prévaloir sa volonté.

Outre les lois proprement dites, le roi faisait des « règlements », actes publics ayant pour objet de compléter les lois, de statuer sur des points qu'elles n'avaient pas encore réglés, voire même de suppléer à l'absence de loi.

Le conseil du roi intervenait dans l'élaboration de ces arrêts. Il y en avait de deux sortes : les uns étaient des règlements proprement dits, pris par le roi ; — les autres, des décisions d'ordre judiciaire intervenant sur des contestations entre particuliers.

A la différence de la loi, le règlement ne saurait abroger une autre loi, ni même la modifier : sous cette forme, il ne peut être pris que des mesures complétant la loi ou la suppléant temporairement (1), en un mot des mesures provisoires. Il n'est pas nécessaire que le règlement soit général : il peut être aussi bien particulier, local, régional. Le nombre de ces arrêts pris en conseil était très grand ; l'effort du roi tendait à les assimiler aux lois, à leur conférer une égale autorité ; mais il se heurtait sur ce point à l'énergique opposition des Parlements, qui se refusaient à faire état de ces règlements avant de les avoir enregistrés.

(1) M. Esmein, *Cours d'histoire du droit public*, 1900.

Toutefois, dans certains cas, les Parlements se trouvaient privés de tout moyen de critiquer les arrêts de règlement royaux, que le pouvoir royal pouvait alors faire appliquer au même titre que des lois : — il en était ainsi des arrêts de règlement rendus en des matières pour lesquelles le conseil du roi était compétent, soit en premier et dernier ressort, soit simplement en appel (1).

Le 17 décembre 1686 et le 29 décembre 1693, par arrêts du conseil, il fut jugé qu'en matière d'eaux et forêts, les arrêts du conseil faisaient loi et que les sentences rendues aux maîtrises en conformité de leurs décisions, ne peuvent être infirmées par le juge d'appel (2).

En matière financière, les arrêts du conseil avaient force de loi. La plupart des questions financières étaient d'ailleurs réglées dans l'ancienne France par des actes administratifs. Ainsi pour certains impôts, tels que la taille royale, la capitation des non privilégiés, qui se répartissait au marc-la-livre de la taille, le roi fixait seulement la somme qu'ils devaient rapporter : un arrêt du conseil des finances au conseil du roi ayant ainsi réglé le brevet de la taille, il était adressé aux autorités administratives chargées de la répartition.

Cette absence de tout contrôle, très avantageuse pour

(1) Guyot dit que les arrêts de règlement pris par le roi en son conseil ont incontestablement force de loi dans toutes les matières qui se jugent, soit au conseil, soit dans les juridictions dont les sentences ne peuvent être attaquées que par appel au conseil. *Traité des droits*, etc. liv. I, ch. LXXIX, sect. IV, p. 200.

(2) Un autre arrêt dans le même sens fut rendu le 9 septembre 1692.

le roi, lui permettait d'augmenter à son gré le chiffre de tels impôts. C'est seulement en 1780 (Edit du 13 février) que, grâce à Necker, fut instituée la publicité de la taille. Dorénavant le chiffre des impôts de répartition devait être immuable ; on ne pouvait l'augmenter que par une loi adressée au Parlement et y enregistrée. L'article 6 du même édit exigeait que le brevet des impôts fût adressé chaque année au Parlement.

Les controverses sur la force obligatoire des arrêts de règlement s'élevaient principalement dans les matières qui étaient de la compétence des tribunaux ordinaires ; les arrêts de règlement, intervenant en ces matières, devaient-ils être enregistrés dans des lettres patentes, pour être obligatoires à l'égal d'une loi ?

Nombre d'auteurs l'affirment : Jacques Antoine de Ferrière rapporte de nombreux cas, où un arrêt de règlement ne fut pas considéré comme ayant force de loi, parce qu'il n'avait pas été enregistré.

De la définition du mot « arrêt » dans le *Dictionnaire* de Brillou, il résulte qu'un arrêt du conseil doit être enregistré dans les Cours souveraines pour faire loi. Les remontrances du Parlement de Paris du 1^{er} mars 1721 sont également en ce sens. La jurisprudence du Parlement de Flandre confirme cette opinion (1).

(1) Voir ses arrêts du 19 février 1778, des 7 mars 1778, 10 janvier 1781 et celui du 10 avril 1782. Ce dernier constate, que les habitants de Tourcoing s'étaient plaints, en février 1773, de l'établissement

Une série d'arrêts prouvent que, pour les tribunaux ordinaires, un arrêt du conseil sans lettres patentes est dépourvu de toute force obligatoire. Mais le conseil du roi combattait sans se lasser cette jurisprudence et réformait tous les arrêts que lui opposaient les Parlements : dans un arrêt du 7 juin 1771, il déclare expressément que les Cours souveraines doivent se conformer non seulement aux édits, ordonnances, lettres patentes, enregistrées dans les Cours, mais aussi aux arrêts du conseil (1).

La question resta ouverte et le conflit permanent jusqu'à la fin de l'ancien régime, les Cours s'obstinant à ne tenir aucun compte des arrêts du conseil non enregistrés, — le conseil du roi persistant à prescrire l'obéissance à ces dispositions. Pour mettre fin à la résistance, il évo-

de divers impôts et octrois sur le vin, la bière, le sel et l'eau-de-vie en vertu d'un arrêt du conseil du 15 septembre 1772 non revêtu de lettres patentes. La Cour de Tourcoing, au lieu de répondre à ces requêtes, adressa au Chancelier une lettre dans laquelle elle exposait l'atteinte formelle qu'un tel établissement, fondé sur un simple arrêt du conseil non revêtu de lettres patentes enregistrées à la Cour, portait au régime, à l'administration et aux privilèges des provinces de Belgique, confirmés par des lois expresses et par des capitulations. Le Chancelier répondit que ces représentations étaient bien fondées et assura que l'arrêt en question serait revêtu de lettres patentes, s'il était dans le cas d'être exécuté. — Les lettres patentes ne furent cependant pas envoyées ; les impôts continuant d'être levés, les plaintes continuaient aussi ; et nous voyons, le 10 avril 1780, la Cour rendre un arrêt qui « par provision et jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, fait défense aux bailli, lieutenant et échevins du bourg de Tourcoing, de percevoir les impôts et octrois dont il s'agit à peine de concussion et de telle autre qui appartiendra ». — De même, par un arrêt du 8 janvier, la Cour fit défense de percevoir un octroi établi par arrêt du conseil, tant que n'aurait pas été constaté à la Cour l'établissement légal dudit octroi.

(1) Guyot, *Traité des droits*, etc., t. II, p. 204.

quait devant lui les arrêts des Parlements récalcitrants et usait du droit qui lui appartenait de casser les décisions en dernier ressort des Cours de justice.

Dans les limites de leur compétence, les Parlements et les autres Cours souveraines avaient qualité pour faire elles-mêmes des arrêts de règlements (1).

On sait que cette compétence très étendue embrassait le droit administratif, le droit public, le droit pénal, le droit privé : les Parlements statuaient donc dans tous ces domaines par voie d'arrêts de règlement. Pour ne parler que du droit administratif, les attributions des Parlements y étaient illimitées : ils connaissaient du commerce, de l'industrie, des finances (2), des arts, de l'enseignement public, du régime de l'imprimerie, de la police, de la voirie, des prisons, des hôpitaux et même de la guerre. En toutes ces matières, ils prirent des arrêts de règlement qui contribuèrent à unifier en quelque mesure l'administration du royaume.

Nombre de questions de jurisprudence et de procédure furent aussi réglementées par les Parlements (3). On sait d'ailleurs que les arrêts ordinaires, réunis en un recueil, constituaient une sorte de Code.

(1) Ces décisions réglementaires portaient le nom d'arrêts, parce que leur forme était analogue à celle des décisions contentieuses.

(2) Fayard, *Aperçu historique sur le Parlement de Paris*, vol. III, p. 517.

(3) Aubert, *Le Parlement de Paris, de Philippe le Bel à Charles VII. Sa compétence, ses attributions*, édit. Picard, 1890, p. 187.

Non seulement par ces arrêts, les Parlements développaient les mesures édictées par les lois, mais souvent ils suppléaient aux lacunes des lois ou des coutumes.

On expliquait de diverses façons le pouvoir réglementaire des Parlements.

Certains auteurs soutenaient que le roi, n'ayant pas réglementé tous les rapports des hommes entre eux, laissait aux Parlements la faculté de le faire provisoirement, quand il y aurait lieu. Ce n'était pas là une délégation du pouvoir législatif : le règlement n'était pas une loi (1). En fait, il arrivait souvent d'ailleurs, qu'un arrêt du Parlement servit de base à une loi, qui en reproduisait les dispositions pour en étendre l'application à tout l'Etat.

La doctrine des Parlements était différente : ils affirmaient exercer leur pouvoir réglementaire en vertu d'un droit propre ; à l'appui de cette opinion, ils invoquaient des textes romains concernant le préfet du prétoire, et soutenaient que leur rôle devait être assimilé au sien dans la hiérarchie judiciaire. Ils se prévalaient aussi de textes relatifs au Sénat romain et qui lui reconnaissaient le droit de faire des lois.

L'explication véritable du pouvoir réglementaire des Parlements est historique (2). Sous la féodalité, le pouvoir réglementaire était considéré comme un accessoire du

(1) Le Bret, *Traité de la souveraineté*, loi I, ch. IX ; Guyot, *Traité des droits*, etc., t. I, p. 142.

(2) M. Esmein, *Cours d'histoire du droit public*, 1900.

pouvoir de juridiction : tout justicier avait le droit de faire des règlements pour l'administration de la justice, car il était souverain de son fief ; et nous avons vu qu'il n'existait guère alors de lois générales s'étendant au royaume entier. Or, au cours du temps, le pouvoir réglementaire et le droit de juridiction se dissocièrent. Les seigneurs perdirent le titre de justiciers souverains : il put être appelé de leurs jugements au roi. Mais tandis qu'ils perdaient en outre le pouvoir réglementaire, on continua de le reconnaître aux Parlements et aux autres Cours souveraines, successeurs de la *curia regis*. On sait qu'elle avait constitué une assemblée présidée par le roi, en lequel résidait toute l'autorité : les membres de la Cour n'étaient que des donneurs de conseils ; la *curia regis* faisait non seulement des règlements, mais des lois. Lorsqu'elle devint le Parlement, ce dernier garda par tradition le pouvoir de faire des règlements. Les Parlements provinciaux, images de celui de Paris, exerçaient les mêmes droits, comme aussi les cours souveraines qui n'étaient que des prolongements de la *curia regis*.

On peut donc conclure, qu'outre les lois fondamentales du royaume, il y eut lieu de distinguer, en pratique, jusqu'à la fin de l'ancien régime, deux sortes d'actes : les uns, — édits, ordonnances, lettres patentes, etc., qui, pour être appliqués, devaient être préalablement enregistrés aux Parlements ; et les autres, — arrêts de règlement du conseil du roi — qui, dans certains cas tout au moins, étaient applicables sans avoir été enregistrés.

Mais, en droit, il n'y avait point de différence entre ces deux catégories d'actes : l'enregistrement était indispensable aux uns comme aux autres pour qu'ils fussent obligatoires. Si certains arrêts de règlement échappaient à cette formalité, c'est que l'usage s'était introduit de porter certaines affaires directement devant le conseil du roi, qui, en outre, évoquait devant lui tout procès qu'il entendait juger lui-même. Mais la nécessité de l'enregistrement reparaisait dès que la question tranchée par un arrêt de règlement était portée devant les tribunaux ordinaires.

CHAPITRE II

LA LOI ET L'ORDONNANCE DANS L'ANGLETERRE D'AVANT 1688.

En Angleterre, pendant la période anglo-saxonne, il n'existait qu'une sorte d'actes législatifs. Stubbs (1) dit expressément que les rois de cette époque ne faisaient jamais d'ordonnances. Mais tous les rois anglo-saxons firent des lois et tous ont laissé des recueils de leurs lois. D'ailleurs, ces Codes n'instituaient pas de principes juridiques nouveaux : ils se bornaient à constater d'anciennes coutumes, gardées dans la mémoire des sages et dont une application constante attestait l'existence actuelle. Cette publication des lois s'expliquait le plus souvent par des événements politiques de quelque importance (2).

Que le monarque fût faible ou puissant, le pouvoir législatif était exercé par le roi en son conseil. Le consentement des hommes sages de la nation à la promulgation des lois est mentionné expressément dans les lois d'Al-

(1) Stubbs, « *Constitutional history of England* », 4^e édition, 1896, Oxford, vol. I, p. 213 et sq.

(2) C'est ainsi que la promulgation des lois d'Alfred et d'Edgar fut la conséquence du passage d'anciens royaumes sous la souveraineté de la maison saxonne. De même encore, les lois de Canut ne sont que l'énonciation et la confirmation par le conquérant de la législation du peuple conquis, dont il avait promis le maintien.

fred, d'Ethelbert II, de Canut et des autres rois de la dynastie saxonne.

Cette participation du conseil ou *Witenagemôte* à la législation, comme aussi à la décision de toutes les questions graves, paraît incontestable à la plupart des auteurs (1) : ils s'accordent à reconnaître que le principe alors en vigueur était *lex consensu populi fit et constitutione regis*. Le texte même des décisions prises par toutes les assemblées anglo-saxonnes démontre que les règles de droit héritées des ancêtres ne pouvaient être modifiées sans le consentement du peuple ou des *Witan* qui agissaient en son nom (2).

Quel caractère faut-il reconnaître à l'intervention du *Witenagemôte*. Kemble (3) pense que ce n'était pas seulement une faculté, mais une obligation pour le roi, que de consulter les *Witan* avant de légiférer ou de prendre une décision de quelque gravité. Il y aurait donc eu limitation réelle du pouvoir des rois anglo-saxons.

Pollock et Maitland (4) ont donné le nom d'*époque des*

(1) Voir par exemple Stubbs, *op. cit.*, vol. I, p. 140 ; Gneist, « *Das Englische Parlament* ».

(2) Ainsi les lois d'Ini portent la formule : « enacted with the counsel and teaching of the bishops, with all the ealdermen and the most distinguished witan of the nation and with a large gathering of god's servants (Schmid, *Gesetze*, p. 21). Il en était de même des lois de Wiltraed, d'Alfred, d'Æthelston, d'Exeter, d'Edmund, d'Edgar, d'Ethelread, de Canut, qui toutes étaient délibérées par les Witan et promulguées par leur autorité et celle du roi (Kemble, « *Saxon in England* », II, 205).

(3) Kemble, « *Saxon* », II, 204.

(4) Pollock and Maitland, « *The History of English law, before the time of Edward I*, 2^e édition, 1898, vol. I, p. 19.

capitulaires à celle que marqua l'activité législative des souverains. Seulement cette époque commença en Angleterre plus tard qu'en France, alors que l'activité législative des rois francs avait pris fin et que dans leur royaume les rapports juridiques étaient de plus en plus réglés par des coutumes.

N'y eut-il pas, sous la dynastie anglo-saxonne, de distinction entre diverses catégories d'actes législatifs ? Rien, semble-t-il, ne permet de croire qu'une telle distinction ait existé (1).

Le roi normand, conquérant vainqueur, est fort et indépendant. Lorsqu'il survint, la royauté anglo-saxonne se trouvait affaiblie par les concessions aux barons de terres et d'immunités, qui avaient compromis les droits régaliens de juridiction et d'imposition générale.

Le roi normand avait conquis tout le territoire. Dorénavant chacun le tint de lui immédiatement ou médiatement. D'où cette conséquence importante, qu'il avait le droit d'exiger de tous l'impôt et le service militaire en cas de guerre. Comme la France, l'Angleterre connut le régime féodal ; mais il y eut pour base des concessions de terres librement consenties par un roi puissant, qui entendait que ces attributions du sol ne comportassent aucune diminution de ses droits souverains.

(1) Malgré de nombreux matériaux que nous avons sur la législation anglo-saxonne, elle demeure très obscure pour nous, car nous manquons de données sûres pour les interpréter exactement. Pollock and Maillaud, *op. cit.*, p. 29.

Conscients du danger que ferait courir à la royauté une féodalité puissante, les rois normands sont très attentifs à entraver la formation des souverainetés locales : c'est pourquoi ils n'octroient guère à leurs barons des fiefs d'un seul tenant, mais des domaines disséminés sur divers points du territoire. Point de juridiction seigneuriale qui s'étende à tout un comté, hormis celle des comités palatins. Point de seigneur qui puisse battre monnaie à une autre effigie que celle du roi, etc.

Il semble que les premiers rois normands aient gouverné le pays par des dispositions législatives qu'ils prenaient seuls sans aucune intervention des barons. Gneist affirme que, pendant le premier siècle de la domination normande, aucune loi ne fut précédée d'une délibération des ordres : toutes les proclamations, chartes, prescriptions administratives de Guillaume le Conquérant contenaient cette seule formule : « le roi veut, ordonne, dispose ». Pour cet auteur, si on a parlé d'assemblées qui auraient participé à la législation durant cette période, — ce ne peut être que l'effet d'une grave erreur de date (1).

Stubbs pense de même que la royauté eut alors un caractère essentiellement despotique (2), et Jellinek, que les rois se sentirent assez forts jusqu'au XIII^e siècle, pour

(1) Gneist, *op. cit.*, S. 65. M. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, t. II, p. 154, 157 et sq. ; t. III, p. 49.

(2) Stubbs, *op. cit.*, t. I, § 118, p. 366.

régner en monarques absolus : d'où cette conséquence que rien ni dans la forme, ni au fond ne permettrait de différencier la loi de l'ordonnance à cette époque (1).

En somme, il n'y a aucune raison de penser que les premiers rois normands aient pris l'avis d'un conseil pour faire des lois, bien moins encore qu'ils aient tenu compte de tels avis, s'il leur en fût donné.

Peut-être la cause de cette indépendance absolue des premiers rois normands doit-elle être cherchée dans cette circonstance, qu'ils ne se trouvèrent pas dans la nécessité de demander des aides à leur sujet : les domaines des rois anglo-saxons, joints aux redevances féodales et aux produits de certains impôts abolis qu'ils rétablirent (2), leur fournissaient assurément des ressources suffisantes pour qu'en échange de subsides extraordinaires ils ne fussent pas contraints d'admettre une limitation quelconque à leur souveraineté.

Jellinek fait dater la différence entre la loi et l'ordonnance en Angleterre du règne d'Edouard III. Jusque là, sous la dynastie normande, elles se confondaient en ce sens qu'il n'y avait que des ordonnances, autrement dit que des actes faits par le roi en son Conseil (3).

Stubbs indique (4) qu'à la fin du XIII^e et au commen-

(1) Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 20.

(2) Gardiner, *Students history of England*, t. I, p. 111.

(3) Jellinek, *op. cit.*, p. 21 et sq.

(4) Stubbs, *op. cit.*, vol. II, p. 274 et sq.

cement du XIV^e siècle, la loi se distinguait encore bien peu de l'*ordonnance*. La première était faite par le roi au Parlement, la seconde par le roi en son Conseil (*King's Council*) ; mais dans l'un comme dans l'autre cas, c'était la volonté du roi qui l'emportait ; en fait, c'était lui qui légiférerait réellement : sous l'une ou l'autre forme il en venait toujours à taxer le peuple.

Plus d'une fois on a remarqué combien il est malaisé de déterminer la différence essentielle qui sépare la loi de l'*ordonnance* (1). Malgré tant d'efforts tentés pour formuler des définitions qui leur fussent applicables à toutes les périodes, on n'a pu les distinguer que par l'énumération de points qui ne leur sont pas communs. On a dit, notamment, que le *statute* était une loi ou un amendement de loi « *enacted* » par le roi dans le Parlement, et inscrit dans le *statute roll* ; le *statute* ne doit être ni modifié, ni abrogé, ni suspendu sans le concours du Parlement ; il est valable dans tous ses détails tant qu'il n'a pas été ainsi rapporté. L'*ordinance* est un acte fait par le roi seul ou en son Conseil, publié sous forme de lettre patente, de charte, de proclamation, etc. et pouvant être révoqué de même façon.

Le *statute* est un acte réputé perpétuel ; et son enregistrement dans le *statute roll* n'a lieu qu'en vertu de la croyance qu'il est institué pour toujours. L'*ordonnance*, au contraire, est pour ainsi dire un acte d'essai, facilement

(1) Stubbs, *op. cit.*, vol. II, p. 615 et sq.

révocable s'il ne sert pas ou s'il sert mal le dessein qu'on avait ou bien, au contraire, transformable en *statute* s'il paraît bon.

Mais la distinction fondamentale entre ces deux actes est selon Stubbs (1) plus profonde : le statut est en principe d'ordre législatif (*a legislative act*), l'ordonnance, en principe, d'ordre exécutif ; et leur rapport est le même que celui de la loi des XII Tables à l'Édit du préteur. Le « *enacting process* » incorpore le statut à la loi nationale ; la notification de l'ordonnance indique simplement que les dispositions contenues dans l'ordonnance devront être observées dorénavant.

Il n'en est pas moins vrai, que, pratiquement, le statut et l'ordonnance ont beaucoup de traits communs : ainsi les « *assizes* » d'Henri II sont des ordonnances par rapport au *Common Law* de la nation, bien qu'elles aient été faites avec l'assentiment des magnats : leur objet, leur durée sont les mêmes et avec le temps ces *assizes* sont devenues partie intégrante de la common law. — La « *Magna Carta* » est par sa forme plutôt une ordonnance, qu'une loi ; elle n'en devint pas moins une des lois fondamentales de la nation, presque aussitôt après sa publication.

Durant tout le XIII^e siècle, le roi se considéra autant comme le législateur que comme l'administrateur de son royaume. En particulier, l'activité législative d'Edouard I^{er}

(1) *Ibidem*, p. 616 et sq.

fut considérable et se manifesta, tant sous forme de statuts que sous forme d'ordonnances. D'ailleurs, une certaine confusion paraît avoir marqué l'emploi de l'une ou l'autre de ces formes : il arrivait que le roi réglât en son Conseil telle question qui, par sa nature, aurait dû faire l'objet d'un statut ou qu'inversement il consultât le Parlement sur des matières qui pouvaient être réglementées par voie de simple ordonnance. Peut-être cette confusion tenait-elle en partie à ce que le roi, qu'il siégeât en son Conseil ou au Parlement, se trouvait souvent parmi les mêmes hommes, membres à la fois de l'une et de l'autre assemblée.

Sous Edouard I^{er} encore, la loi est à peine distincte de l'ordonnance ; et cependant Stubbs croit (1) qu'on peut déjà entrevoir une différence (2) : certains de ses statuts portent la mention qu'ils ont été pris avec la participation non seulement du Conseil du roi, mais en outre des ordres (3) ; d'autres au contraire, font mention de l'intervention du Conseil, sans qu'il soit question de celle du Parlement. Ne pourrait-on pas en conclure que le roi faisait les statuts avec la collaboration du Parlement et les ordonnances en son Conseil (4) ?

(1) Stubbs, *op. cit.*, t. II, p. 278.

(2) *Ibidem*, p. 110.

(3) *Ibidem*, p. 277.

(4) Au début de son règne, Edouard I^{er} convoquait volontiers les divers ordres à part, pour consulter chacun sur les questions qui l'intéressaient particulièrement. C'est cependant à lui qu'on doit la constitution du Parlement en un corps représentatif d'une plus grande partie de la na-

Sous Edouard II, la consultation des ordres par le roi cessa d'être un simple usage, et devint un droit pour les ordres de donner leur avis en matière de législation. Dans un Parlement tenu en 1322, il fut déclaré que « les questions intéressant l'état du roi ou de ses héritiers, l'état du royaume ou du peuple, devaient être traitées, accordées et établies en Parlement par notre sire le roi et le consentement des prélats, comtes et barons et de la communauté du royaume, conformément à l'usage en vigueur » (5).

Par cette déclaration faite avec l'assentiment du Parlement, Edouard II confirmait législativement la pratique de son père. Désormais tant que cette loi subsisterait, aucun autre statut ne pourrait être élaboré sans le consentement des *Commons*.

Sous Edouard III, les rapports entre la couronne et le Parlement se précisèrent et la législation du roi en son Parlement se différençia plus nettement de celle du roi en son Conseil. C'est aussi sous ce règne, qu'on vit s'accroître la rivalité de la couronne et du Parlement : cette assemblée considérait avec une inquiétude croissante le

tion : il convoqua non seulement les représentants des propriétaires féodaux, comme le faisaient ses prédécesseurs, mais encore ceux de tous les propriétaires fonciers.

(1) « The matters which are to be established for the estate of our lord the king and of his heirs, and for the estate of the realm and of the people, shall be treated, accorded and established in parliaments by our lord the king, and by the assent of the prelates, earls and barons and the commonalty of the realm, according as has been heretofore accustomed » 15. Edw. II.

pouvoir ordonnantiel (*ordaining power*) du Conseil ; elle redoutait que la royauté n'en abusât pour déformer la loi par voie d'ordonnances.

La différence entre la loi et l'ordonnance se manifeste mieux encore sous Edouard III. En 1340, le Parlement décida que les pétitions seraient divisées en deux catégories : l'une comprendrait les dispositions destinées *by the common assent and accord of all* à être perpétuellement applicables : elles devaient prendre la forme de statuts ; dans l'autre seraient rangées les dispositions d'où naîtraient des mesures purement temporaires pouvant faire comme telles l'objet de simples ordonnances.

En 1353, l'occasion fut à nouveau donnée au Parlement d'insister sur la distinction de la loi et de l'ordonnance : une assemblée composée d'un nombre restreint de représentants des divers ordres avait sanctionné de son approbation une ordonnance dite *ordinance of the staple*, qui réglementait le commerce, créait un nouveau crime capital et assurait à la couronne de nouvelles aides. Les *Commons* présents à cette assemblée protestèrent, soutenant que de telles mesures devaient être prises en Parlement sous forme de statut ; le roi promit qu'il en serait ainsi, et l'année suivante le Parlement dûment consulté confirma cette ordonnance, qu'il déclara devoir être tenue pour un statut destiné à durer toujours.

Désormais, aucun statut ne pouvait être fait sans le consentement des *commons*. Il paraît donc vrai de dire que dès cette époque un embryon de séparation des pou-

voirs commence à se manifester. Toutefois, durant de longues années encore, cette séparation ne devait exister que d'une façon intermittente et toute précaire, sans cesse menacée par des retours offensifs de l'absolutisme.

C'est ainsi que, sous Edouard III, se produisit ce cas unique dans l'histoire anglaise, de statuts régulièrement faits au profit de la nation et révoqués ensuite par le roi sans qu'il eût consulté le Parlement (1341) (1).

A partir de la seconde moitié du XIV^e siècle, nous voyons le Parlement intervenir dans la réglementation de la plupart des questions importantes. Après Edouard III, qui convoqua le Parlement à maintes reprises, Richard II lui-même s'adresse souvent à cette assemblée, du moins pendant une partie de son règne.

C'est surtout avec les Lancastre, qu'on vit la nation anglaise commencer à prendre conscience de son droit de réglementer elle-même sa propre vie et manifester qu'elle croyait en ce droit (2).

Mais au moment où la confusion entre la loi et l'ordonnance tendait ainsi à disparaître grâce aux efforts du

(1) Stubbs, *op. cit.*, t. II, p. 611.

Ces statuts consacraient des droits très importants pour la nation : non seulement son consentement à tout impôt était reconnu nécessaire, mais encore une commission était nommée, à laquelle les officiers royaux rendraient compte des sommes perçues pour le roi ; le roi lui-même était obligé de ne nommer le *Chancellor*, les grands officiers et les grands juges qu'avec l'assentiment du Parlement (Stubbs, *ibid.*, t. II, p. 402, p. 409).

(2) Comment en douter en présence de l'acte d'accusation contre Richard II, dont certains articles énuméraient des infractions à la constitution commises par ce monarque ? (Stubbs, *op. cit.*, vol. II, p. 529, 530.

peuple, on vit renaître de plus belle chez le prince le désir de légiférer indépendamment de tout contrôle et de dispenser à son gré de l'observation des statuts : le XVI^e et le XVII^e siècles furent remplis de ces luttes entre la couronne et le Parlement (1). Le roi, pour neutraliser le rôle législatif du Parlement, ne recourait pas seulement, comme nous le verrons, à des dispenses individuelles ou à des suspensions générales de l'application des statuts : il levait hardiment des taxes sans le consentement de cette assemblée et même, au besoin, allait jusqu'à en corrompre les membres ou à multiplier les créations de circonscriptions électorales.

On vit ainsi, sous les Tudor, le pouvoir royal gagner en autorité et faire des progrès inquiétants pour l'avenir des libertés publiques. Ils organisèrent fortement le Conseil, qui devint entre leurs mains un instrument puissant et docile (2). Le Parlement, dominé par eux, ne demandait qu'à être gouverné et semblait disposé à renoncer en faveur du roi à tous les droits qu'il lui plairait de revendiquer. C'est ainsi qu'Henri VIII contracta des emprunts sans l'avis du Parlement, prit des mesures d'ordre législatif sans tenir aucun compte des statuts existants et fit rendre une étrange justice par la *Star Chamber*.

(1) Anson, *Law and custom of the constitution*, 2^e édition 1892, Oxford, vol. I, « Parliament », p. 290.

(2) La haute noblesse fut réduite pendant la guerre des Deux Roses, après laquelle le conseil ne contient plus guère de membres assez puissants pour songer à résister à la volonté du roi (Anson, *op. cit.*, t. II, *The Crown*, p. 23).

La législation par voie d'ordonnances, qui avait presque complètement disparu au XV^e siècle, renaît donc aux XVI^e et XVII^e siècles sous la forme des *Royal Proclamations*, — lois véritables, créant, comme les lois proprement dites, des obligations et des peines nouvelles.

En 1539, Henri VIII obtient du Parlement le *Statute of Proclamations* : ce statut avait pour objet de donner au roi le droit de se passer du Parlement lorsque les circonstances urgentes exigeraient des décisions immédiates en dehors des périodes de session du Parlement. Il déclarait que les proclamations royales devaient respecter les lois et coutumes du pays et ne porter aucune atteinte soit aux personnes, soit aux propriétés des individus. Mais il admettait que ces proclamations dussent être observées à l'égal des actes faits au Parlement ; il admettait même que le roi édictât sous cette forme des pénalités, lorsque lui et son Conseil le jugeaient nécessaire.

Ce *Statute of Proclamations* fut révoqué sous Edouard VI : toutefois, bien que les proclamations royales n'eussent plus en droit force de loi, la pratique ne changea guère : le roi continua à modifier sous cette forme la législation dans le domaine ecclésiastique, économique et social. Hallam nous apprend que ces proclamations étaient sanctionnées par de très dures pénalités, — amendes, emprisonnement, galères (1).

Sous le règne de Marie Tudor on vit nombre de ces

(1) Hallam, *History of England*, I, p. 38.

proclamations illégales et arbitraires (1). Quand la validité de ces actes fut contestée devant les tribunaux, les juges se refusèrent à reconnaître comme valables ceux qui créaient de nouveaux droits : ils n'admirent l'application que des Proclamations qui constataient des droits existants.

Elisabeth légiféra sous forme de Proclamations, plus librement encore que les rois du XIV^e siècle ne l'avaient fait par ordonnance : elle frappa d'impôts les marchandises importées, établit des règles somptuaires, etc. (2).

Les Proclamations de Jacques I^{er} ne furent pas moins nombreuses, à en juger par la *Collection of Royal Proclamations* (3) : il leva des impôts et porta atteinte, à maintes reprises, à la liberté individuelle et à celle du commerce.

La *Petition of grievances* (Pétition des griefs), présen-

(1) Broom, *Constitutionnal Law*, p. 373 et sq.

(2) Anson, *op. cit.*, t. I, *Parliament*, p. 293 ; Broom, *op. cit.*, p. 373 et sq. ; Hume, *History of England*, t. V, p. 463.

(3) Jacques I^{er} avait de ses droits une conception purement absolutiste : il n'admettait pas que la prérogative royale pût être l'objet de discussion. « It is atheism and blasphemy to dispute what God can do. Good christians content themselves with will revealed in his word ; so it is presumption and high contempt in a subject to dispute what a king can do, or say that a king cannot do this or that ; but rest in that which is the king's will revealed in his law » (C'est un sacrilège et un blasphème, que de discuter de ce que Dieu peut faire. Les bons chrétiens se contentent de sa volonté, telle qu'elle est révélée dans ses paroles ; de même, c'est un acte présomptueux et une grave offense de la part d'un sujet, que de discuter de ce qu'un roi peut faire ou de dire que le roi ne peut faire ceci ou cela ; il doit se fier à la volonté du roi telle qu'elle est révélée dans ses lois.) Gardiner, *op. cit.*, p. 492.

tée en 1610 à ce roi, vise ses Proclamations illégales ; les *Commons* y affirment le droit du peuple de n'obéir qu'aux lois faites au Parlement : « les Proclamations, disent-ils, ont été dans ces derniers temps beaucoup plus fréquentes que par le passé : elles touchent à la liberté, aux biens, à l'héritage, aux moyens d'existence des hommes ; quelques-unes mêmes tendent à modifier les lois existantes ou à faire des lois nouvelles. Aussi la crainte générale s'est-elle répandue parmi le peuple de Votre Majesté, de voir l'importance des Proclamations aller encore en augmentant, si bien qu'elles deviennent semblables aux lois, en nature et en force ; ainsi serait compromise et peut-être entièrement détruite la liberté dont leurs ancêtres ont joui si longtemps ; ainsi pourraient renaître avec le temps, dans ce royaume, une nouvelle forme de gouvernement arbitraire. » Les *Commons* continuaient leurs doléances en déclarant que leurs craintes étaient d'autant plus vives, que certains livres attribuaient aux Proclamations une plus grande autorité qu'autrefois, et que le roi avait réuni toutes ses Proclamations en des recueils (1), ainsi qu'il était l'usage de le faire pour les actes du Parlement, paraissant ainsi vouloir leur attribuer « *more reputation and more establishment* ».

Sous les autres Stuarts, il arriva fréquemment que le souverain adressait à ses sujets des Proclamations, les dispensant parfois sous cette forme de l'observation des lois existantes ou des pénalités qui en sanctionnaient l'exécution.

(1) *Collection of Royal Proclamations tem. James I.*

Il convient de rappeler, en outre, que l'exercice du pouvoir judiciaire dans la *Star Chamber*, et les nominations ou révocations arbitraires des juges constituant les Cours supérieures de justice, fournissaient aux rois un moyen facile de violer de toutes manières la liberté de leurs sujets. Disposant à son gré des juges, le roi était en mesure d'assurer l'application de ses Proclamations, alors même qu'elles violaient les statuts en vigueur (1).

On consulta sur la valeur juridique des Proclamations le savant juriconsulte Coke, qui, ayant pris l'avis de trois de ses confrères, déclara ;

1° Que le roi ne pouvait attribuer un caractère illicite à un fait qui ne l'était pas ; sinon il eût dépendu de lui de modifier la loi ;

2° Que le roi n'avait d'autre prérogative que celle qui lui était conférée par la loi ;

3° Que le roi pouvait cependant, afin de prévenir les infractions aux lois existantes, adresser à ses sujets des admonestations, les rappelant à l'observation de ces lois. Le mépris de telles admonestations pourrait être considéré comme une circonstance aggravant l'infraction.

4° Que si une infraction n'était pas de la compétence de la *Star Chamber*, une proclamation ne pouvait la rendre telle (2).

Cet avis de Coke rétablissait nettement la distinction du statut et de l'ordonnance : en son Conseil, le roi ne

(1) Anson, *op. cit.*, t. II, *The crown*, p. 28 et sq.

(2) Anson, *op. cit.*, t. I, *The Parliament*, p. 294 et sq. ; Broom, *Ibidem*

pouvait que pourvoir à l'exécution de la loi ; en son Parlement il pouvait, au contraire, la créer ou la modifier.

Charles I^{er}, comme avant lui Jacques I^{er}, fut soutenu dans l'exercice de ce pouvoir législatif usurpé par les juges, qui dépendaient de lui seul ; ces magistrats affirmèrent le principe du pouvoir royal discrétionnaire et déclarèrent illégale toute opposition à la volonté du prince, fût-elle fondée sur un statut. A les en croire, l'essence de la prérogative royale était dans le droit de décider si la loi du pays devait ou non être appliquée (1).

Le *Long Parliament* porta un coup redoutable aux prétentions du roi à l'exercice arbitraire du pouvoir législatif : il enleva au *Privy Council* le droit de juridiction civile et criminelle. Tant que la *Star Chamber* existait, il était difficile à la nation d'empêcher que les Proclamations illégales ne fussent appliquées par cette juridiction servile, et sanctionnées par les peines qu'elles prévoyaient. C'était un procédé efficace de couper court à cet abus, que de replacer l'application des Proclamations dans le domaine de la juridiction de droit commun et de la confier aux seuls tribunaux ordinaires. Toutefois, pour compléter cette réforme, il eût fallu retirer, en outre, au roi le droit de nommer et de révoquer les juges selon son bon plaisir. L'on vit encore Jacques II recourir à l'intimidation des juges ordinaires, notamment pour mettre obstacle à l'application des statuts destinés à garantir la sécurité de l'Église anglaise.

(1) Anson, *op. cit.*, t. II, p. 30.

A plusieurs reprises, nous avons fait allusion à un droit que le roi prétendait exercer à côté du droit de légiférer : nous voulons dire celui de dispenser de l'observation de la loi toutes les fois que son application lui paraîtrait présenter quelques inconvénients. Hallam, sans contester absolument l'utilité de ce droit de dispense, ne peut s'empêcher de convenir qu'il fournissait généralement au roi un moyen d'enfreindre la loi dans son intérêt personnel et contrairement à l'intérêt général.

Il est difficile de préciser l'époque à laquelle le roi anglais commença à exercer ce droit. Broom pense (1) qu'il le fit à l'imitation du pape distribuant des dispenses.

Les dispenses royales commençaient ordinairement par les mots « *non obstante any law of the country* ». L'usage des dispenses provoqua de tout temps de vives protestations des Commons (2). C'est ainsi, qu'au cours du XIV^e siècle, ils pétitionnèrent à plusieurs reprises contre des dispenses et des pardons accordés sous forme de blancs seings à des assassins ou autres criminels, dont souvent le roi ne connaissait ni le nom, ni le crime.

(1) Broom, *Ibidem*.

(2) Matthew Paris cite l'une de ces protestations dont la forme hardie mérite d'être notée : Henri III, ayant tiré argument du droit qu'exerçait le pape d'user de la close « *non obstante* », fut vivement interrompu par le « *Master of the hospitalers* » dans les termes suivants : « God, forbid that such a graceless and absurd speech should proceed from your mouth. As long the you observe the laws of justice, you will be a king, but when you infringe them, you will cess to be one. » Dieu défende qu'un propos aussi pervers et absurde sorte de votre bouche ! Aussi longtemps que vous observerez les lois de la justice, vous serez roi, mais quand vous les enfreindrez, vous cesserez de l'être ». Matthew Paris, *Hist. major.*, p. 854.

Sous Richard II, un statut commença d'enrayer cet abus, en décidant que l'acte de dispense devrait faire mention du crime et du criminel.

Il importe de remarquer que le droit de grâce ne doit pas être confondu avec celui de dispense : la grâce est le pardon d'un acte déjà accompli, la dispense permet d'avance un acte qui, sans elle, serait interdit.

Le *Bill of Rights* mit fin au droit de dispense royal, en déclarant que la dispense de l'observation des lois, telle qu'elle avait été pratiquée, était illégale. En principe, toute dispense de ce genre serait dorénavant considérée comme non avenue, à moins qu'elle ne se référât à un cas spécialement prévu par le Parlement. Anson en conclut (1), qu'à partir de 1688, le droit de dispense eut pour base l'autorité du Parlement et non la prérogative royale.

C'est encore le *Bill of Rights* qui mit fin au droit que revendiquaient les rois de suspendre les statuts.

Nous concluons que l'Angleterre, à l'époque anglo-saxonne, ne connut qu'une sorte d'actes législatifs émanant du roi : les lois. De même, sous les premiers rois normands, on ne rencontre qu'une seule catégorie de ces actes, mais élaborés tout autrement que ceux de l'époque précédente : le roi ne fait plus que des ordonnances. D'ailleurs, à l'une et l'autre époque, toutes les dispositions législatives, quel qu'en soit l'objet, revêtent l'unique forme en usage.

(1) Anson, *op. cit.*, t. I, p. 302.

A partir du XIII^e siècle, apparaît la distinction de deux sortes d'actes émanant du roi ; mais, en fait, jusqu'au XVII^e siècle, on les vit souvent se confondre et l'une des deux formes être employée pour l'autre. Toutefois, la notion qu'il y avait là deux catégories d'actes de nature différente s'affirmait toujours davantage. Cette différence paraît avoir consisté en ce que l'on concevait les lois comme devant renfermer des dispositions destinées à demeurer perpétuellement en vigueur ; et les ordonnances, comme devant contenir des mesures temporaires et facilement remplaçables par d'autres.

C'était bien là une différence de nature, une différence matérielle ou réelle, puisqu'elle reposait sur une distinction de fond, qu'on cherchait ensuite à exprimer par une différence de forme. Mais il ne semble pas que l'on ait poussé dans cette distinction plus loin que cette simple idée de durée inégale : on n'allait pas jusqu'à préciser méthodiquement le domaine de la loi et celui de l'ordonnance, en donnant pour matière à l'une, les règles de droit, à l'autre, celles de gouvernement ou d'administration. Cependant les règles de droit étant, de par leur nature même, celles de toutes qui apparaissent comme les plus nécessairement stables, la pratique répondait souvent à une distinction théorique plus satisfaisante.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

LA THÉORIE DE LA LOI ET DE L'ORDONNANCE.

§ 1. — La notion de la loi et de l'ordonnance chez les auteurs de l'antiquité	6
§ 2. — La notion de la loi et de l'ordonnance chez les auteurs du Moyen Age et des temps modernes.	10
§ 3. — La distinction de la loi et de l'ordonnance chez les auteurs allemands contemporains	23
§ 4. — La distinction de la loi et de l'ordonnance selon les auteurs français contemporains	45
CONCLUSIONS THÉORIQUES.	60

DEUXIÈME PARTIE

LA LOI ET L'OUKAZE EN RUSSIE.

CHAPITRE PREMIER. — Période de la prédominance de l'autonomie individuelle.

§ 1. — Le Prince	75
§ 2. — Le Viétché.	79
§ 3. — La Boyarskaïa Douma.	85

CHAPITRE II. — Période de la prédominance de l'Etat.

§ 1. — Le Prince.	90
§ 2. — Le Zemsky Sobor.	93
§ 3. — Les transformations de la Boyarskaïa Douma pendant la seconde période : — A. La Tzarskaïa Douma. — B. La Chancellerie de l'Empereur. — C. Le Sénat	108

CHAPITRE III. — Des actes législatifs dans le droit russe actuel. — Leur élaboration. — Les organes qui y participent.

§ 1. — De la forme des actes législatifs.	129
---	-----

§ 2. — De l'élaboration des actes législatifs	133
§ 3. — Des autorités qui participent à l'élaboration des actes législatifs : — A. Le Comité des ministres. — B. Le Conseil des ministres. — C. Le Conseil de l'Empire.	139
CHAPITRE IV. — De la distinction entre la loi et l'oukaze dans le droit russe	155

TROISIÈME PARTIE

DE LA LOI ET DE L'ORDONNANCE DANS L'ANCIENNE FRANCE ET DANS L'ANGLETERRE D'AVANT 1688.

CHAPITRE PREMIER. — La loi et l'ordonnance dans l'ancienne France.	185
§ 1. — <i>Leges et capitula</i>	185
§ 2. — Les lois et les arrêts de règlement du Conseil du roi	200
CHAPITRE II. — La loi et l'ordonnance dans l'Angleterre d'avant 1688	213
§ 1. — Les lois des rois anglo-saxons.	213
§ 2. — Les ordonnances des rois normands	215
§ 3. — Les lois et les ordonnances sous les Lancastre, les Tudor et les Stuart.	217

Vu :

Le Président de la thèse,
A. ESMEIN.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
